Die Haftung des Schenkers

für Mängel im Recht und Mängel der Sache

nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wolfgang Schettler

bacc. jur. aus Dresden.

DRESDEN.

Druck von Liepsch & Reichardt.

1905.

Die Haftung des Schenkers

für Mängel im Recht und Mängel der Sache

nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wolfgang Schettler

bacc. jur. aus Dresden.

DRESDEN.

Druck von Liepsch & Reichardt.

1905.

Inhalt.

Seite

Literatur 5

Einleitung 7

1. Abschnitt: Die Haftung für Mängel im Recht.

§ 1. Der Begriff „Mangel im Recht“ 9

§ 2. Die Voraussetzungen an das Schenkungsgeschäft für die Anwendung des § 523 Abs. 1 und Abs. 2 11

§ 3. Die grundsätzliche Gestaltung der Haftung 13

§ 4. Alternative und generische Schenkungen insbesondere . . 20

§ 5. Ersatzpflicht des Schadens aus arglistiger Verschweigung 27

§ 6. Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 307 B. G. B. 31

§ 7. Der Schadensersatz bei der Anschaffungsschenkung . . . 32

2. Abschnitt: Die Haftung für Mängel der Sache.

§ 8. Der Begriff „Fehler der Sache“ 35

§ 9. Die allgemeine Regelung der Haftung für Fehler 37

§ 10. Die Haftung für Fehler bei der Gattungsschenkung . . . 40

§ 11. Haftung für zugesicherte Eigenschaften 45

Anhang: Einige besonders gestaltete Fälle.

§ 12. Remuneratorische Schenkungen, Schenkungen von Todeswegen, Schenkung einer Erbschaft 47

§ 13. Schenkung unter einer Auflage 48

§ 14. Die Leistung an Erfüllungsstatt beim Schenkungsversprechen 51

Literatur.

Bekker, Zur Lehre von der Eviktionsleistung; in Bekkers und Muthers Jahrbuch, Band 6, Nr. 8.

Berndorf, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.

Blohm, Eviktionsleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, Inaug.-Diss. Göttingen 1891.

Cohn, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte nach gemeinem Rechte und B. G. B., Berlin 1903, zitiert Cohn.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes auf der Grundlage des B. G. B., 1. Band, 4. Auflage, Jena 1903, zitiert Cosack.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, 2. Band, 1. Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902, zitiert Crome.

Dernburg, Pandekten, 2. Band, 6. Auflage, Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 2. Band, 1. Abteilung, 1. und 2. Auflage, Halle 1899, 2. Abteilung, 1. und 2. Auflage, Halle 1901, zitiert Dernburg 1 und 2.

Enneccerus Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1. Band, 2. Auflage, Marburg 1901.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, Buch 2, 1. und 2. Auflage, Berlin 1903, zitiert Eck.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, 8. Auflage, Berlin 1903, zitiert Endemann.

Fabian, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers, Inaug.-Diss. Erlangen 1899, zitiert Fabian.

Goldberg, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte, nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche, Inaug.-Diss. Rostock 1903, zitiert Goldberg.

Gutmann, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers wegen Mangels im Rechte, nach gemeinem Rechte und B. G. B., Inaug.-Diss. Rostock 1903, zitiert Gutmann.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 1. Band, 3. Auflage, Berlin 1900, zitiert Matthiass.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Buch, Breslau 1898, zitiert Meisner.

Metz, Haftung für Eviktion bei Schenkungen und Vermächtnissen, Inaug.-Diss. Erlangen 1895.

Oertmann, Kommentar zum B. G. B., das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, zitiert Oertmann.

Ortloff, Die Schenkung; in Kohlers Archiv 21. Band 1902, S. 269–389.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Band, 1. und 2. Auflage, Berlin 1900, zitiert Planck.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B., Berlin 1897, zitiert Schollmeyer.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 2. Band, München 1901, zitiert Staudinger.

Süssheim, Rechtsfolgen arglistigen Stillschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete; in Seufferths Blättern für Rechtsanwendung, 66. Jahrgang, Seite 205–214, 223–230, 237–243, zitiert Süssheim.

Thibaut, über die Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung; in seinen zivilistischen Abhandlungen, Heidelberg 1814, 4. Abhandlung.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 2. Band, 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp, Frankfurt 1900, zitiert Windscheid-Kipp.

Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., zitiert Motive.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines B. G. B. Die Protokolle sind nach der Ausgabe von Mugdan zitiert (Mugdan, die gesammelten Materialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich, Berlin 1899). Die Seitenzahl bezieht sich dabei auf die Originalprotokolle.

Einleitung.

I.

Mängel im Rechte und Mängel der Sache verlangen eine grundsätzlich verschiedene Behandlung, je nachdem sie bei entgeltlichem oder unentgeltlichem Erwerbe vorliegen. Bei jenem bedeutet ihr Vorhandensein, dass dem Erwerber nicht das zuteil wurde, was das Äquivalent für seine eigene Aufwendung sein sollte. Wer ex causa lucrativa erwirbt, macht lediglich nicht den Gewinn, der ihm in Aussicht gestellt war. Billigerweise muss aber auch er vom Gesetze dann geschützt werden, wenn dieser ausbleibende Gewinn zudem noch Schaden wirkt für sein übriges Vermögen. Daneben kommt noch ein zweiter Gesichtspunkt für das Schenkungsversprechen in Betracht. Wenn einmal die Rechtsordnung das Schenkungsversprechen als Rechtsgeschäft ansieht, so muss sie auch dafür sorgen, dass ihm ein Erfüllungszwang innewohnt. Soll das Schenkungsgeschäft nicht den Charakter des Rechtsgeschäftes verlieren, so darf es nicht in der Hand des Schenkers liegen, wie weit er sein Versprechen erfülle. Das Schenkungsversprechen muss ein gewisses Mass von Verbindlichkeit erzeugen, das ebenso zu erfüllen ist, wie eine Verbindlichkeit ex causa onerosa. Diese beiden Gesichtspunkte gelten nicht nur de lege ferenda, sondern müssen auch bei der Auslegung des geltenden Rechtes im Auge behalten werden.

II.

Die Regelung der Haftung im B. G. B. ist insofern eigentümlich, als sie nicht zunächst das Mass von Verbindlichkeiten feststellt, die das Schenkungsgeschäft hervorbringt. Die einschlägigen Bestimmungen — §§ 523, 524 — sprechen nicht davon, wozu der Schenker verpflichtet ist, wofür eine Haftung

besteht oder auch nicht besteht; es fehlen Bestimmungen, wie sie die §§ 433—39, 459 enthalten. Das Gesetz geht nicht aus von der Vertragspflicht, sondern von der Vertragswidrigkeit. Erst aus dem, was als Vertragsverletzung gilt, muss der Rückschluss auf die Vertragspflicht gemacht werden. Dass in der zu behandelnden Frage nur zu sicheren Resultaten gelangt werden kann, wenn durch einen Rückschluss die Vertragspflicht klar gelegt wird, dass sich aber dabei eigentümliche Schwierigkeiten ergeben, wird sich bald zeigen.

III.

Die geschichtliche Entwickelung der Frage nach der Haftung des Schenkers wird nicht mit dargestellt werden.[1] Da die römischen Quellen insbesondere bei der Frage nach der Haftung für Rechtsmängel keine sichere Auskunft geben, ist diese in der gemeinrechtlichen Doctrin von der Glossatorenzeit bis zum Inkrafttreten des B. G. B. Gegenstand einer Controverse geblieben, deren Entscheidung mangels positiver Regelung aus allgemeinen Prinzipien abzuleiten versucht wurde. Die gesetzliche Grundlage, die das B. G. B. bietet, erspart es, auf diesem Wege weiter zu gehen. Dass das, was die lange gemeinrechtliche Arbeit geleistet hat, auch für die Auslegung des B. G. B. wertvolle Gesichtspunkte bietet, soll damit nicht unterschätzt werden.

---

1) Eine gute Übersicht derselben findet sich bei Gutmann S. 11 ff., Goldberg S. 36 ff.

I. Abschnitt.

Haftung für Mängel im Rechte.

§ 1.

Der Begriff „Mangel im Rechte".

Ehe auf die Frage eingegangen werden kann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Schenker für Mängel im Rechte haftet, ist zuvor festzustellen, was Mängel im Rechte sind. Hierüber sind bei der Schenkung keine Bestimmungen gegeben, weil das Gesetz dafür beim Kauf einen feststehenden Sprachgebrauch aufgestellt hat. Darnach liegt, allgemein ausgedrückt, ein Mangel im Rechte dann vor, wenn der Beschenkte nicht das lastenfreie Eigentum oder, falls ein Recht Gegenstand der Zuwendung ist, das lastenfreie Recht erlangt.

Im einzelnen ist ein Mangel im Rechte

1. Nichterlangung des Eigentums oder des Rechtes (§ 433 Abs. 1).

2. Das Bestehen solcher Rechte bezüglich des Gegenstands, die von Dritten gegen den Beschenkten geltend gemacht werden können (§ 434). Hierunter fallen alle dinglichen Rechte; die mit dinglicher Kraft ausgestatteten Vormerkungen zur Sicherung persönlicher Ansprüche; ferner Veräusserungsverbote der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art, welche die Verfügung über den Gegenstand der durch das Verbot geschützten Person gegenüber unwirksam machen. Ferner kommen diejenigen persönlichen Rechte in Betracht, die auch dem Erwerber gegenüber bestehen. Hierher gehören die Miet- und Pachtrechte der §§ 571 ff., 581 Abs. 2, die Einrede des § 986 Abs. 2.

Bei der Schenkung als einer unentgeltlichen Zuwendung kommen noch die Bereicherungsansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 2 und § 822 hinzu. Nach § 816 Abs. 1 Satz 2 ist der Beschenkte, der durch Verfügung des Nicht-Berechtigten einen rechtlichen Vorteil erlangt, zur Herausgabe der Bereicherung

verpflichtet; auch hier besteht ein Recht bezüglich des verschenkten Gegenstandes, das von einem Dritten gegen den Beschenkten geltend gemacht werden kann. Damit ist die Möglichkeit dafür, dass ein Mangel im Rechte vorliege, gegenüber den entgeltlichen Veräusserungsverträgen bedeutend erweitert, da bei diesen alle die Fälle wegfallen, in denen die Verfügung eines Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber wirksam ist.

Der Anspruch eines Dritten aus § 822 würde voraussetzen, dass diesem Dritten ein Bereicherungsanspruch gegen den Schenker erwachsen war, dass dieser aber von seiner Verpflichtung durch Zuwendung an den Beschenkten frei geworden ist. Nach §§ 818, 819 würde das nur dann zutreffen, wenn er die Zuwendung vorgenommen hat vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs und bevor er von dem Mangel eines rechtlichen Grundes seines eigenen Empfanges Kenntnis erhielt.[1)]

3. Ist ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke Gegenstand der Zuwendung, so liegt ein Mangel im Rechte vor, wenn im Grundbuche Rechte eingetragen sind, die zwar nicht bestehen, aber im Falle ihres Bestehens das Recht des Beschenkten beeinträchtigen würden. Das Gleiche gilt bei der Schenkung eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte. (§ 435.)

4. Zweifel könnte herrschen, ob das Nichtbestehen einer Forderung oder eines anderen Rechtes einen Mangel im Rechte bedeutet oder ob hier die Schenkung eine unmögliche Leistung betrifft, ob also § 523 oder §§ 306, 307 anzuwenden ist. Aus § 437 Abs. 1 ergibt sich, dass das Nichtbestehen des Rechtes als Mangel im Rechte angesehen werden soll, dass somit derjenige, der eine ihm in Wirklichkeit nicht zustehende Forderung abzutreten verspricht, nach Massgabe des § 523 behandelt wird. Wenn freilich die Forderung selbst auf eine unmögliche Leistung geht, die Sache, auf deren Leistung sie gerichtet ist, vielleicht gar nicht existiert, so würde man hier wohl auch das Schenkungsversprechen als auf eine unmögliche Leistung gerichtet anzu-

1) Vergl. darüber, ob § 816 Abs. 1 Satz 2 und § 822 mit § 523 Abs. 2 in Verbindung gebracht werden können, unten S. 32 ff.

sehen haben [2]; es wäre daher nach §§ 306, 307 in Verbindung mit § 521 zu behandeln. Von solchen Fällen abgesehen, bedeutet aber das Nichtbestehen eines Rechtes einen Mangel im Rechte. Hierbei stehen den nie entstandenen und den getilgten Forderungen diejenigen gleich, die durch eine Einrede entkräftbar sind. Hat der Schuldner einer schenkweise abgetretenen Forderung eine aufrechenbare Gegenforderung, so ist der Mangel im Rechte nur bedingt vorhanden; seine unbedingte Existenz hängt davon ab, ob der Schuldner dem Beschenkten gegenüber die Aufrechnung erklärt oder nicht.

5. Als mit einem Mangel im Rechte behaftet ist nach § 437 Abs. 2 auch ein Wertpapier anzusehen, das zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

§ 2.

Die Voraussetzungen an das Schenkungsgeschäft für die Anwendung des § 523 Abs. 1 und Abs. 2.

§ 523 stellt für die Haftung des Schenkers für Mängel im Rechte folgende Grundsätze auf:

Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache [1] bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung. —

Während Absatz 1 bezüglich der Schenkung keine Voraussetzungen aufstellt, fallen unter Absatz 2 nur solche Schenkungs-

2) Vergl. Cosack § 121 II 2b.

1) Wie allgemein anerkannt, liegt hier ein Redaktionsversehen vor: Das Gesetz meint nicht „Sache", sondern „Gegenstand". Auch im Vordersatz spricht es ja von „Gegenstand".

versprechen, „deren Gegenstand der Schenker erst erwerben sollte". Nicht erst erworben werden sollen naturgemäss diejenigen Gegenstände, von denen die Parteien voraussetzen, der Schenker habe sie bereits in seinem Vermögen und werde sie daher ihm entnehmen. Andererseits weist aber der Wortlaut des § 523 Abs. 2 darauf hin, dass nicht alle diejenigen Schenkungen von ihm betroffen werden, bei denen der Schenker den Gegenstand noch nicht hatte und ihn daher für den Beschenkten erwirbt. Da der Schenker den Gegenstand erst erwerben soll, so genügt es nicht, dass der Erwerb objektive Voraussetzung der Erfüllung ist, sondern die Beteiligten müssen ihn auch beim Schenkungsgeschäfte als Voraussetzung der Erfüllung angesehen haben.

Obwohl nach der Auffassung des Gesetzes der Erwerb einen Teil des Versprechensinhaltes ausmacht (vergl. darüber unten § 3), wird man doch nicht so weit gehen, zu verlangen, „dass der Schuldner in der Schenkungsurkunde erklärt, dass er den Schenkungsgegenstand zur Zeit noch nicht im Besitze habe, sondern erst zu Gunsten des Beschenkten erwerben wolle[2]". Das Erfordernis des Erwerbs wird den Beteiligten in einer grossen Anzahl von Fällen als etwas so Selbstverständliches erscheinen, dass sie darauf bei der Formulierung des Schenkungsversprechens keinen Wert legen, und es würde deshalb rein vom Zufall abhängen, ob eine dahingehende Erklärung in die Urkunde hereinkommt oder nicht.

Aus dieser Erwägung heraus ist nicht einmal ausdrückliche mündliche Erklärung der Parteien zu fordern; es genügt auch, wenn sie die Absicht, dass der Schenker den Gegenstand erst erwerben wolle, beim Vertragsschluss stillschweigend als selbstverständlich angesehen haben.[3] Der Beweis dafür ist natürlich vom Beschenkten zu führen.

Gutmann S. 50 und Goldberg S. 87 sind der Ansicht, dass auch der Schenker aus § 523 Abs. 2 in Anspruch genommen werden könne, der sich formlos zur Leistung eines von ihm erst zu erwerbenden Gegenstandes verpflichtet und

2) Cosack geht so weit, § 139 IV. 2d.

3) So auch Crome § 231 Anmerkung 30; Dernburg 2 § 207 Anmerkung 7.

daraufhin die Leistung bewirkt hat. Zur Begründung wird § 518 Abs. 2 herangezogen: „Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.“ Dabei ist aber übersehen, dass die Leistung eines mit einem Mangel im Rechte behafteten Gegenstandes auch nur teilweise Erfüllung des Versprechens bedeutet, und dass der Mangel der Form auch nur soweit geheilt wird. Der Schenker, der formlos versprochen hat, soll nicht eine darauf gestützte Bereicherungsklage haben, dass er animo solvendi eine nicht bestehende Schuld tilgen wollte; eine weitere Bedeutung kommt der Bestimmung des § 518 Abs. 2 nicht zu.

Damit sind die Schenkungsgeschäfte gekennzeichnet, die von § 523 Abs. 2 betroffen werden können: diejenigen gerichtlich oder notariell beurkundeten Schenkungsversprechen, bei denen die Beteiligten als Voraussetzung der Erfüllung den Erwerb durch den Schenker angesehen haben.[4]

§ 3.

Grundsätzliche Gestaltung der Haftung.

I.

Nach § 523 Abs. 1 ist der Schenker, wenn er einen Mangel im Rechte arglistig verschweigt, verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Er muss den Schaden ersetzen, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf das volle Recht erlitt; dagegen muss er nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. Hieraus ergibt sich, dass die Schenkung — anders als der Kauf — eine Pflicht zur Rechtsverschaffung nicht begründet. Bestünde sie, so würde beim Vorhandensein eines Mangels im Rechte nur teilweise Erfüllung vorliegen, der Schenker noch zur vollständigen Erfüllung verpflichtet sein und der hierauf gerichtete Anspruch sich in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandeln können.

1. Bei den unmittelbar durch Hingabe vollzogenen Schenkungen, den „Handgeschenken“[1], sieht Bekker[2] und

4) Ähnlich Dernburg 2 § 207 Anmerkung 7.

1) Dernburg 2 § 207 II.

2) Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes, herausgegeben von Bekker, Muther und Stobbe; 6. Band, Leipzig 1863, S. 246.

ihm folgend Fabian S. 3 das Fehlen einer Rechtsverschaffungspflicht als logische Notwendigkeit an. „Wo vor dem Geben eine Verpflichtung zum Geben nicht bestand, da besteht auch, nachdem die Erfolge des Gebens — durch Eviction — vernichtet sind, keine Verbindlichkeit zu weiterer Leistung.“ Diese Auffassung ist falsch: Auch beim Realkaufe besteht vor dem Geben eine Verpflichtung zum Geben nicht, und doch würden hier, falls sich ein Mangel im Rechte herausstellt, die Bestimmungen des Kaufes analog anzuwenden sein, der Verkäufer wäre zur Verschaffung des Rechtes verpflichtet. Übrigens sprechen auch die Protokolle S. 1661 den hier zurückgewiesenen Gedanken aus: „Bei den sogenannten Realschenkungen, denen ein Schenkungsversprechen nicht vorausgegangen sei, erscheine eine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung begrifflich ausgeschlossen.“

Wenn das nun auch nicht richtig ist, so ist es doch nur zu billigen, dass derjenige, der einen Gegenstand schenkweise hingegeben hat, nicht zur Verschaffung des Rechtes gezwungen wird. Aber der Grund hierfür liegt in der lukrativen Natur des Geschäftes, nicht in der Gestalt, in der es sich vollzieht. Weiss freilich der Schenker, dass er eine fremde Sache hingibt, so würde es wohl niemand als Unbilligkeit empfinden, wenn er nun den lukrativen Akt wirklich vollziehen müsste, mit dessen Scheine er sich bisher nur umgeben hatte. Vielleicht könnte man sogar dann, wenn jemand in grober Fahrlässigkeit eine mit einem Mangel im Rechte behaftete Sache hingegeben hat, eine Erfüllungspflicht wünschen. Dieser Wunsch scheitert daran, dass damit eine Verpflichtung statuiert würde, die den Charakter der dem B. G. B. fremden Privatstrafe an sich trüge.[3]

2. Während der Grundsatz der fehlenden Rechtsverschaffungspflicht bei den Realschenkungen ohne weiteres durchführbar ist, entstehen bei den Schenkungsversprechen Schwierigkeiten. Dass eine durch Schenkungsversprechen begründete Schuld in allen Fällen, wo nicht besondere Ausnahmen statuiert sind (vergl. § 519), genau ebenso erfüllt werden

3) So auch die Protokolle S. 1661, allerdings nur für die Schenkungsversprechen, da ihnen bei den Realschenkungen eine Rechtsverschaffungspflicht begrifflich ausgeschlossen erscheint.

muss, wie irgend eine andere, ist ohne weiteres klar. Wenn daher ein Schenker, der als Erfüllung seines Versprechens einen mit einem Mangel im Rechte behafteten Gegenstand leistet, nicht zur Rechtsverschaffung angehalten wird, so kann durch das Schenkungsversprechen eine Pflicht zur Rechtsverschaffung nicht entstanden sein. Wozu ist aber dann der Schenker verpflichtet?

Das Gesetz macht, abgesehen von den Versprechen des § 523 Abs. 2, zwischen Schenkungsversprechen und Realschenkungen keinen Unterschied. Das weist darauf hin, dass der Beschenkte durch ein Versprechen nicht auf mehr Recht Anwartschaft erhalten soll, als durch eine sofort vollzogene Zuwendung. Da er bei dieser sich mit dem Rechte in dem Umfange begnügen muss, wie es der Schenker hatte, so ist daraus zu schliessen, dass er auch durch ein Versprechen nur einen Anspruch auf so viel Recht erlangt, wie dem Schenker zur Zeit der Erteilung des Schenkungsversprechens zusteht. Wenn der Schenker eine fremde Sache verspricht, so erlangt der Beschenkte also kein Recht auf Eigentumsverschaffung. Das gilt auch, wenn der Schenker den Mangel im Rechte kennt. Derselbe Grund wie bei der Realschenkung spricht auch hier gegen eine Erweiterung der Verpflichtungen des Schenkers: ihn wegen seines Dolus zur Rechtsverschaffung zwingen, hiesse, ihm eine Privatstrafe auferlegen.

Der Schenker ist also nur verpflichtet, soviel Recht auf den Beschenkten zu übertragen, als er selbst zur Zeit des Vertragsschlusses an dem Gegenstande hat. Erwirbt er, etwa durch Erbfall, das Recht erst nach dem Vertragsschlusse, so wird das Erworbene von der Verpflichtung nicht mit betroffen. Danach liesse sich auch folgender Fall denken: A. hat dem B. schenkweise die Stute Bella versprochen, die er für sein Eigentum hielt. Vor Vollzug der Schenkung erfährt er, dass er nicht Eigentümer des Pferdes ist, da es dem C. vor Jahren gestohlen wurde. Er glaubt aber doch, dazu verpflichtet zu sein, dem B. das Eigentum zu verschaffen, und kauft die Stute deshalb dem C. ab. Leistet er sie nun dem B., so würde er sie kondizieren können, da er sie zu dem Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet hat, ohne dass eine Verbindlichkeit bestand.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen alternative und generische Schenkungen. Vergl. darüber unten § 4.

II.

Der Grundsatz, dass ein Schenkungsversprechen den Schenker nur soweit verpflichtet, als er selbst zur Zeit des Vertragsschlusses berechtigt ist, passt aber nur für die Fälle, in denen der Nichtberechtigte — wenn auch vielleicht dolos — als Berechtigter auftritt. Unanwendbar wird er dann, wenn der Schenker einen fremden Gegenstand als fremden verspricht, d. h. in der Absicht, ihn noch zu erwerben. Hier ist wieder zweierlei möglich: Der Beschenkte kennt den Mangel im Rechte gleichfalls und setzt daher beim Schenker die Erwerbsabsicht voraus, oder er kennt den Mangel im Rechte nicht, hält den Schenker für den Berechtigten.

1. Der erste Fall ist durch § 523 Abs. 2 geregelt. Danach hat der Schenker, wenn ihm beim Erwerbe der Mangel bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. In der Literatur wird die Bestimmung im allgemeinen so ausgelegt[4], dass der Schenker für einen Mangel im Rechte nur dann haftet, wenn der Mangel ihm beim Erwerbe bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Der Vorschrift liege der Gedanke zu Grunde, dass der Erwerb des versprochenen Gegenstandes zur Erfüllung des Versprechens gehöre, der Schenker daher bei dem Erwerbe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten habe.

Dagegen behauptet Oertmann in der Anmerkung zu § 523 Abs. 2, dass diese Verpflichtung auf das volle Erfüllungsinteresse eine Pflicht zur Rechtsverschaffung zur Voraussetzung habe: „Der Grundgedanke ist nicht der, dass die Anschaffung der Sache in solchem Falle zur Erfüllung gehört und daher der Schenker ebenso wie bei der eigentlichen Erfüllung entsprechend § 521 Vorsatz und grobes Verschulden vertreten müsse; denn das würde immer nur wie nach Abs. 1 eine Haftung auf das negative Interesse begründen. Der Grund-

4) Im Anschluss an Protokolle S. 1662, Planck Anmerkung 1b zu § 523.

gedanke ist vielmehr der, dass dem Schenker geradezu eine Verschaffungspflicht bezüglich des Rechtes auferlegt wird.“ — „Zunächst bleibt der Schenker, soweit möglich, noch zur Verschaffung eines Gegenstandes der versprochenen Art verpflichtet.“ — „Ist freilich die Leistung nicht mehr möglich (§§ 275, 279), so haftet er natürlich nicht mehr auf Verschaffung, und auf Schadensersatz nach den §§ 521, 523 Abs. 2 nur bei Vorsatz und grobem Verschulden —.“

Entspräche diese Erklärung Oertmanns dem Willen des Gesetzes, so wäre die Fassung des Abs. 2 höchst eigentümlich. Warum sagte das Gesetz dann nicht: Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so finden die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung? Dass sich die Pflicht zur Rechtsverschaffung in den Interesseanspruch verwandeln könnte, ergäben schon die §§ 280, 283, 286 Abs. 2; dass dafür dolus oder culpa lata Voraussetzung wäre, besagt schon § 521 in Verbindung mit den angezogenen Paragraphen. Wie das Gesetz überhaupt dazu kommt, das beim Erwerbe vorhandene Verschulden besonders zu erwähnen, dafür bietet die Oertmannsche Auffassung keine Erklärung. Dass sie dem Wortlaut des § 523 Abs. 2 besonders gut entspräche, wird sich kaum behaupten lassen.[5] Sie vermag aber auch nicht zu erklären, warum das Gesetz gerade bei der Anschaffungsschenkung dem Schenker die unbedingte Haftung auferlegt, während es ihn bei einer Schenkung aus eigenem Bestande so ausserordentlich günstig stellt. Darin hat allerdings Oertmann Recht, dass eine Pflicht zur Rechtsverschaffung so, wie sie für den Verkäufer gilt, nicht erst durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit bei der Erfüllung entstehen kann. Nähme man das an, so würde damit dem Schenker eine Privatstrafe auferlegt, die, wie schon oben S. 14 bemerkt wurde, dem B. G. B. fremd ist. Ebensowenig kann natürlich eine Pflicht zur Rechtsverschaffung, so lange die Leistung noch nicht erfolgt, aber noch möglich ist, durch nicht schuldhaftes Handeln aufgehoben werden. Besteht denn aber überhaupt jemals eine durch den Vertrag begründete Rechts-

5) Cohn S. 57 findet das freilich.

verschaffungspflicht, oder weist nicht der Wortlaut des Gesetzes darauf hin, dass ihm eine ganz eigenartige Auffassung zu Grunde liegt?

§ 523 Abs. 2 greift nur dann ein, wenn die Beteiligten beim Schenkungsgeschäfte den Erwerb als Voraussetzung der Erfüllung angesehen haben (vgl. oben § 2). Der Erwerb erscheint also nicht nur als Folge davon, dass die Zuwendung versprochen ist, sondern er bildet einen Teil des Versprechens selbst, und die Erfüllung des Versprechens zerfällt in zwei Akte, von denen der erste der Erwerb, der zweite die eigentliche Leistung ist. Der Erwerb ist eine Geschäftsbesorgung, die der Schenker in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse vornimmt. Seine Stellung ist dabei der eines Beauftragten ähnlich, der für einen anderen einen Gegenstand einkauft. Für diesen besteht keine Pflicht zur Rechtsverschaffung, er braucht auf den Auftraggeber nur das zu übertragen, was er aus dem Erwerbe erlangt, ist aber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er beim Erwerbe schuldhaft gehandelt hat. Er hat dann den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wenn er infolge Verschuldens den Gegenstand nur mit einem Mangel im Rechte erlangt hat, so muss er den Mangel im Rechte beseitigen. Ihrem Umfange nach fällt seine Verpflichtung dann mit der zusammen, die ein Verkäufer wegen mangelnder Rechtsverschaffung hätte. Sie unterscheidet sich ihrer Entstehung nach von ihr dadurch, dass sie eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei der Erfüllung ist, während die Pflicht des Käufers einfach seine Erfüllungspflicht aus dem Kaufvertrage darstellt. Ganz entsprechend ist nun die Stellung eines Schenkers, der einen erst zu erwerbenden Gegenstand versprochen hat. Es besteht für ihn eine Pflicht zur Geschäftsbesorgung und zur Herausgabe des dadurch Erlangten. Hat er bei der Geschäftsbesorgung schuldhaft gehandelt, so wird er dadurch schadensersatzpflichtig. Fällt ihm keine Schuld zur Last, so genügt es, wenn er das herausgibt, was er bei der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Dass er dabei nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, steht im Einklang mit § 521. Die Haftung ist also hier nicht eine durch den Vertrag übernommene Verpflichtung, sondern

eine Ersatzverbindlichkeit für ein bei der Erfüllung begangenes Verschulden.

Haftet der Schenker danach für einen Mangel im Rechte, so richtet sich die Ersatzverbindlichkeit nicht, wie das allerdings aus konsequenter Durchführung des Gesetzes folgen würde, nach den §§ 249, 250, sondern die Verpflichtung des Schenkers wird so behandelt wie die Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Damit wird zurückgegangen auf den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes, der doch Leistung eines Gegenstandes ist. Der Beschenkte kann zunächst Beseitigung des Mangels verlangen.[6] Zwar spricht das Gesetz nur von Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Aber es werden sich kaum innere Gründe dafür finden lassen, dass die Verpflichtung des Schenkers sofort auf die Interesseleistung ginge. Man kann den Wortlaut des Gesetzes damit erklären, dass dieser den Umfang der Ersatzverbindlichkeit in seinem Gegensatz zu § 523 Abs. 1 besonders hervorheben will.[7] Auch die Erklärung ist denkbar, die Cohn S. 57 gibt. Es scheint so, als ob die Redaktoren des B. G. B. hier eine Unmöglichkeit der Erfüllung für vorliegend erachteten. Dafür spricht der Umstand, dass die Protokolle S. 1661 gegen die Anwendung des § 307 wegen Unmöglichkeit der Erfüllung für den Fall einer Speziesschenkung aus eigenen Beständen, der ein Rechtsmangel anhaftet, nichts einzuwenden haben. Über die Verwandlung des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels in den Interesseanspruch vergl. unter § 7.

2. Für die Schenkungsversprechen, deren Gegenstand der Schenker erst erwerben soll, besteht erst dadurch ein gewisser Zwang zur Erfüllung, dass sie durch § 523 Abs. 2 einer besonderen Behandlung unterworfen werden. Als worauf gerichtet wäre ohne diese Bestimmung die Verpflichtung des Schenkers anzusehen? Dem § 523 Abs. 2 untersteht nun nicht der schon oben S. 16 erwähnte Fall: Der Schenker verspricht einen fremden Gegenstand in der Absicht, ihn zu erwerben,

6) So auch Planck, Anmerkung 1b zu § 523; Staudinger, Anmerkung zu § 523; Eck S. 476 oben; Gutmann S. 55. A. Ans. Goldmann-Lilienthal, Das B. G. B. 1. Band, 3. Abteilung, 2. Auflage, Berlin 1902, § 149 Anmerkung 7.

7) Gutmann S. 55.

während der Beschenkte glaubt, der Gegenstand gehöre bereits dem Schenker. Aus § 523 Abs. 1 aber lässt sich für diesen Fall nicht ableiten, wozu der Schenker verpflichtet ist. Es hängt vom Willen des Verpflichteten ab, wieviel Recht er dem Beschenkten verschaffen will, mit anderen Worten, es liegt überhaupt keine bindende Verpflichtung vor.

III.

Dass der Schenker eine über das gesetzliche Mass hinausgehende Haftung für Rechtsmängel übernehmen kann, ist selbstverständlich. Die Eingehung einer solchen Verpflichtung bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung und der Beobachtung der Form des § 518 [8]. Liegt das vor, so haftet der Schenker dem Inhalte der Vereinbarung gemäss nach den allgemeinen Vorschriften über Erfüllung von Verträgen.

§ 4.

Alternative und generische Schenkungen insbesondere.

I.

Alternative Schenkungen können nicht nur in der Weise vorkommen, dass zwei Gegenstände wahlweise versprochen werden, sondern auch so, dass sie als Realschenkungen hingegeben werden. Ein Onkel übergibt z. B. seinem Neffen zwei Uhren mit der Erklärung, dass er ihm eine davon schenke; welche er haben wolle, solle er sich überlegen. Ein alternatives Schenkungsversprechen ist hierin nicht zu erblicken, sonst könnte ja der Onkel wegen Nichtbeobachtung der Form des § 518 noch zurück. Die Lage ist so aufzufassen, dass dem Neffen das Recht an beiden Uhren suspensiv bedingt übertragen ist und der definitive Erwerb mit der Wahl der einen erfolgt. Einer besonderen Betrachtung bedürfen aber nur die Fälle, in denen das Wahlrecht dem Schenker zusteht, und da werden sich kaum Fälle alternativer Realschenkungen denken lassen. Übrigens würde dann die Behandlung die gleiche sein, wie bei den Schenkungsversprechen.

8) Ebenso Endemann § 165 Anmerkung 3.

Hat der Schenker mehrere Gegenstände alternativ versprochen, so ist er verpflichtet, die Rechtsbeziehungen, in denen er zu einem der in obligatione befindlichen Gegenstände steht, auf den Beschenkten zu übertragen. Nach § 262 steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu; beim Schenkungsversprechen wird das stets der Fall sein, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich vereinbart ist. Der Schenker kann aus den in obligatione befindlichen Gegenständen auch einen solchen auswählen, von dem er zur Zeit des Vertragsschlusses oder der Wahl weiss, dass er ihm nicht gehört. Wenn man das für unzulässig erklären und etwa dem Beschenkten das Recht geben würde, einen anderen Gegenstand zu verlangen [1], so würde damit eine Rechtsverschaffungspflicht anerkannt.

Hatte der Schenker mehrere Gegenstände in der Weise versprochen, dass er den einen oder anderen für den Beschenkten erwerben sollte, so würde die Entstehung des Anspruchs aus § 523 Abs. 2 davon abhängen, ob der Schenker dolos oder grob fahrlässig beim Erwerbe des Gegenstandes war, auf den er durch seine Erklärung — vor oder nach dem Erwerbe — das Schuldverhältnis konzentriert.

Wenn der Schenker verspricht, entweder einen Gegenstand aus seinem Vermögensbestande zu leisten oder einen anderen für den Beschenkten zu erwerben, so würde er auch hier frei wählen können. Je nachdem die Wahl ausfiele, würde er dann nach § 523 Abs. 1 oder Abs. 2 zu behandeln sein.

II.

1. Da bei den Realschenkungen immer nur Individuen hingegeben werden, so können generische Schenkungen nur in der Form des Schenkungsversprechens vorkommen. Für solche Versprechen, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, enthält das B. G. B. keine besonderen Bestimmungen; es gelten die gleichen Regeln, wie für Spezies-Schenkungen. In der Literatur wird dieser Grundsatz allgemein anerkannt, es

---

1) So Goldberg S. 93, falls Schenker dolos oder grob fahrlässig einen fremden Gegenstand wählt. Dass Goldberg es als generisches Versprechen bezeichnet, wenn jemand, der 4 Pferde hat, „eins von seinen Pferden“ verspricht, beruht wohl nur auf einem Versehen.

werden aber eigentlich nirgends die Schwierigkeiten erörtert, die sich bei der Durchführung ergeben.

Fabian S. 38 wirft allerdings die Frage auf, „ob der Beschenkte bei generischen Versprechen aus eigenem Bestande die Annahme verweigern darf, wenn der ausgewählte Gegenstand, wie er weiss, Rechtsmängel hat, und ob er die Lieferung eines anderen Gegenstandes fordern darf". Er beantwortet die Frage dahin, dass dem Beschenkten dieser Anspruch, „wie er vielleicht aus der Natur der generischen Obligation (§§ 243, 279) hergeleitet werden könnte", nicht ohne weiteres zustehe. Denn darin bestehe ja die bevorzugte Stellung des Schenkers, dass er bei der Erfüllung seines Versprechens nur für dolus und culpa lata haftet. Also nur, wenn dem Beschenkten gegenüber ein solches Verschulden vorliege, könnte dieser — vorausgesetzt natürlich, dass überhaupt ein formgerechtes Versprechen vorhanden sei — Lieferung einer anderen mangelfreien Spezies verlangen. Goldberg S. 93 schliesst sich diesen Ausführungen Fabians an, „und zwar aus dem auch von ihm angegebenen Grunde, dass dieser Punkt eine Frage der Erfüllung, nicht aber der Gewährleistung sei, und demnach § 521 massgebend sei, nach dem eine Haftung des Schenkers nur aus dessen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit erwachsen kann, nicht aber § 523".

Der Ansicht Fabians und Goldbergs liegt nun eine gründliche Verkennung der Gewährleistungspflicht zu Grunde. Die Pflicht, Gewähr zu leisten, bedeutet doch gerade noch erfüllen müssen, weil noch nicht erfüllt ist, und die Frage der Gewährleistung ist ja nichts anderes, als die Frage der Erfüllung. Wo aber eine rechtliche Verbindlichkeit besteht, da muss sie auch erfüllt werden, solange die Erfüllung möglich ist. Die Frage, ob erfüllt ist oder nicht, ist unabhängig von Dasein oder Abwesenheit von dolus und culpa.[2] Entscheidend ist der Inhalt der Verbindlichkeit, die erfüllt werden soll, und es ist deshalb zu untersuchen, worin dieser besteht, wenn ein Gegenstand schenkweise versprochen wird, der nur der Gattung nach bestimmt ist.

2) Vergleiche auch Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 20. Teil, 1. Abteilung, 1819, S. 267.

2. Berndorf in seinem Buche über „Die Gattungsschuld“ [3] S. 106 sagt, dass das generische Schenkungsversprechen stets unter § 523 Abs. 2 falle, der Schenker hier also stets einen Gegenstand versprochen habe, den er erst erwerben sollte. „Denn es ist nicht anzunehmen, dass jemand eine ganze Gattung in seinem Vermögen hat; denn der Begriff der Gattung umfasst alle innerhalb der Gattung vorhandenen Stücke.“ Dieser Deduktion liegt eine petitio principii zu Grunde. Fraglich ist nämlich, ob stets, wenn beim Schenkungsversprechen der Gegenstand nur nach Gattungsmerkmalen bezeichnet wurde, wirklich ein generisches Schenkungsversprechen vorliegt und eine Gattungsschuld entsteht. Der Beschenkte, der den Anspruch aus § 523 Abs. 2 geltend machen will, muss beweisen, dass der Schenker den Gegenstand erst erwerben sollte. Die Beweislast der Beschenkten wirkt geradezu wie eine Vermutung dafür, dass der Schenker den Gegenstand seinem Vermögensbestande entnehmen wollte. Das gilt nicht nur beim Versprechen einer individuell, sondern auch einer nach Gattungsmerkmalen bestimmten Sache. Wollte nun tatsächlich der Schenker die Sache seinem Bestande entnehmen, so ist zwar ihre Bezeichnung generisch. Da aber der Schenker die Sache nur soweit zu leisten verpflichtet ist, als er sie in seinem Bestande hat, so ist der Gegenstand der Schuld noch durch ein weiteres Merkmal als durch blosse Gattungsmerkmale bestimmt. In obligatione ist nicht die Gattung, sondern nur der Bestand des Schenkers an gattungsmässigen Sachen. Es entsteht daher keine Gattungsschuld, sondern eine „gemischt generische Obligation“. Das Versprechen des Schenkers wird so umgedeutet, als ob er nicht „ein Pferd“, sondern „eins seiner Pferde“, nicht „10 Zentner Hafer“, sondern „10 Zentner von seinem Hafer“ versprochen hätte. Zu seinem Bestande gehört dabei alles, was er zur Zeit der Versprechensabgabe, wenn auch vielleicht mala fide, zu ihm gerechnet hat. Jede Sache, die er ihm entnimmt, ist geeignet, seine Verbindlichkeit zu tilgen. Wodurch hier die Konkretisierung auf die Spezies erfolgt, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Besteht der Vorrat des Schenkers an gattungs-

3) Berndorf, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.

mässigen Sachen nur aus dem, was er gerade versprochen hat, so ist damit klar, dass er das auch leisten wollte. Wenn mehr vorhanden ist, so ist eine Unterscheidung nötig.[4] Ist aus einer Mehrzahl von Stücken eins oder sind einige zu leisten, z. B. ein Pferd, zwei Bilder aus der Sammlung des Schenkers, so besteht zwischen einem solchen Schuldverhältnis und einer Wahlschuld kein innerer Unterschied. Die für diese geltenden Grundsätze sind deshalb auch hier anzuwenden (vergl. darüber oben unter I). Handelt es sich dagegen um ein gewisses Quantum aus einem grösseren Vorrate, z. B. um 10 Zentner Hafer, 1 Ohm Wein, so wird durch eine blosse Erklärung das Quantum noch nicht individualisiert. Die Beschränkung auf die Species tritt hier gemäss § 243 Abs. 2 mit der Lieferung ein.

3. Daraus, dass beim Schenkungsversprechen der Gegenstand nur der Gattung nach genannt wird, darf also noch nicht geschlossen werden, dass der Schenker ihn nicht seinem Bestande entnehmen wollte und eine Gattungsschuld begründet werden sollte. Eine Gattungsschuld entsteht aber stets dann, wenn der Schenker sein Versprechen nicht im Hinblick auf seine Bestände abgibt. Das ist einmal der Fall, wenn die Beteiligten wissen, dass der Schenker Gegenstände der bezeichneten Gattung überhaupt nicht hat; ferner, wenn er welche hat, die Parteien aber annehmen, dass er diese nicht weggeben will; schliesslich auch dann, wenn der Schenker zur Zeit des Vertragsschlusses Bestände hat, diese aber so wechselnde sind, dass nach Auffassung der Beteiligten die Verpflichtung mit den zufällig vorhandenen Individuen ausser Zusammenhang steht. Wenn z. B. ein Gutsbesitzer jemandem schenkweise verspricht, ihm nach Monatsfrist ein Pferd zu geben, so wird das Versprechen sehr wohl auf den zur Zeit der Schenkung vorhandenen Bestand bezogen werden können; wenn es ein Pferdehändler tut, der periodisch vielleicht grosse Posten von Pferden hat, diese aber bald wieder absetzt, so wird weder er noch der Beschenkte das Versprechen auf die Pferde beziehen, die er gerade zur Zeit des Versprechens im Stalle hat. Eine durchgreifende Regel, wann das Versprechen als Gattungs-

4) Vergl. hierzu Berndorf am angegebenen Orte S. 13 ff.

versprechen aufzufassen ist und wann nicht, wird sich deshalb schwer aufstellen lassen, weil das eben nicht, wie beim Kaufe, von den abgegebenen Erklärungen abhängt, sondern die Parteiintentionen und die Verhältnisse des Schenkers dafür entscheidend sind.

Liegt eine reine und keine gemischte Gattungsschuld vor, so beschränkt sich das Schuldverhältnis durch Leistung einer der Gattung angehörigen Sache auf die Spezies. Sollte der Schenker die Sache für den Beschenkten erwerben, so kann dieser den Anspruch aus § 523 Abs. 2 nur geltend machen, wenn der Schenker den Mangel im Rechte beim Erwerbe gekannt oder grob fahrlässig nicht gekannt hat. Einerseits gilt also der Grundsatz des § 243 Abs. 2 über die Beschränkung der Gattungsschuld auf die Spezies, da dieser trotz der eigentümlichen Konstruktion des § 523 Abs. 2 nicht aufgehoben ist; demgemäss ist bis zur Leistung das Genus in obligatione. Auf der anderen Seite ist es nach der Konkretisierung bedeutsam, wie sich vorher der Schenker bezüglich dieser Spezies verhalten hat.

Cohn nimmt S. 60 ff. an, dass die Beschränkung auf die Spezies nur dann stattfindet, wenn so geleistet ist, wie es zur Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlich ist. Wenn der Beschenkte noch einen Anspruch auf Rechtsverschaffung habe, so sei noch nicht erfüllt, das Genus noch in obligatione, und der Beschenkte daher berechtigt, Leistung einer anderen Spezies zu fordern. Dem liegt eine irrige Auffassung des § 243 Abs. 2 zu Grunde. Die Cohnsche Ansicht verträgt sich vielleicht mit dem Wortlaute dieser Bestimmung, aber nicht mit der Bedeutung, die ihr im Rechtssysteme zukommt. Diese geht dahin, den Akt festzustellen, aus dem unzweifelhaft hervorgehen soll, dass der Schuldner gerade mit diesem Individuum erfüllen wollte. Diese Individualisierung ist aber schon dadurch erreicht, wenn der Schuldner alles getan hat, was zur tatsächlichen Lieferung der Sache erforderlich ist.[5] Demgemäss kann der Beschenkte auch dann nicht Lieferung einer anderen Spezies verlangen, wenn der Schenker wegen des Rechtsmangels haftet.[6]

5) Cosack § 84 III 3c.
6) Ebenso Protokolle II S. 28; Gutmann S. 58 in fine.

Es wird sehr häufig vorkommen, dass der Schenker ein rein generisches Versprechen abgibt, die Parteien daran aber nicht denken, ob der Schenker den Gegenstand erst noch zu erwerben hat. Wenn ein grosser Fahrradhändler jemandem ein Fahrrad als Geschenk verspricht, so wird die dadurch begründete Verbindlichkeit nach den Ausführungen oben S. 24 nicht als gemischt generische Obligation, sondern als reine Gattungsschuld aufzufassen sein. Für diesen Fall bietet die Anwendung von § 523 Abs. 1 kein befriedigendes Resultat. Da nicht bestimmte Individuen in obligatione sind, von denen der Schenker eins in den Rechtsbeziehungen auf den Beschenkten übertragen muss, in denen er zu ihm steht, so könnte er eine beliebige fremde Sache liefern und würde doch nur für den Schaden aus dem arglistigen Verschweigen haften. Jeder Erfüllungszwang fiele damit weg. Nach dem Wortlaute des § 523 Abs. 2 fällt das Versprechen auch nicht unter die dort geregelten. Aber das geht doch aus dem generischen Versprechen selbst hervor, dass die Verpflichtung des Schenkers von seinem Bestande zur Zeit des Vertragsschlusses unabhängig und ein Erwerb nicht ausgeschlossen sein sollte. Diese negative Bedeutung hat ein solches Versprechen mit denen des § 523 Abs. 2 gemeinsam, und man wird deshalb Abs. 2 für dasselbe in ausdehnender Interpretation anwenden dürfen.[7] Entweder erwirbt nun der Schenker die Sache, um sie zu schenken, oder er entnimmt sie seinem zur Zeit der Erfüllung vorhandenen Bestande. Im ersten Falle hängt die Entstehung des Anspruchs aus Abs. 2 von Dasein oder Abwesenheit von Schuld beim Erwerbe ab. Hat der Schenker den Gegenstand aber nicht erworben, um ihn zu schenken, so kann auch nicht der Erwerb der entscheidende Zeitpunkt sein, da er nicht unter dem Drucke einer Pflicht geschah und deshalb von Verschulden gegenüber dem Beschenkten noch nicht die Rede sein konnte. Der kritische Moment ist hier die Entnahme aus dem eigenen Bestande, also der Zeitpunkt der Lieferung.

Das Ergebnis steht nicht im Widerspruche mit der oben S. 22 gemachten Bemerkung, dass die Frage, ob erfüllt ist oder

7) Im Resultate ebenso Berndorf am angegebenen Orte S. 106.

nicht, von dolus und culpa unabhängig ist. Hier wird eben nicht der objektive Erfolg der Rechtsverschaffung geschuldet, sondern nur Bemühungen um diesen Erfolg. Wo eine Schadensersatzpflicht entsteht, liegt das daran, dass der Schenker bei diesen Bemühungen schuldhaft gehandelt hat.

§ 5.

Ersatzpflicht des Schadens aus arglistiger Verschweigung.

I.

Von dem besonderen Falle des § 523 Abs. 2 abgesehen, haftet der Schenker wegen eines Mangels im Rechte nur dann, wenn er ihn arglistig verschweigt. Arglist ist eine Bezeichnung des vorsätzlichen Verschuldens, die das B. G. B. regelmässig in den Verbindungen „arglistige Täuschung“ und „arglistiges Verschweigen“ anwendet. Von einem arglistigen Verschweigen kann überhaupt nur dann die Rede sein, wenn der Schenker den Mangel im Rechte kennt und dem Beschenkten nicht nennt. Damit scheiden alle die Fälle aus, in denen er den Mangel selbst nicht kennt, mag diese Unkenntnis auch auf noch so grober Fahrlässigkeit beruhen. Aber auch, wenn er den Mangel im Rechte kennt und nicht nennt, so verschweigt er ihn deshalb noch nicht arglistig.[1] Denn sonst würde arglistiges Verschweigen auch dann vorliegen, wenn der Schenker weiss, dass ihn der Beschenkte kennt. Aber selbst, wenn der Schenker annimmt, dass ihn der Beschenkte nicht kennt, braucht der Mangel noch nicht arglistig verschwiegen zu sein. Wer sich zur Schenkung eines wertvollen Hauses verpflichtet, auf dem eine kleine Hypothek lastet, verschweigt sie noch nicht arglistig, weil er sie nicht nennt. Das Verschweigen muss ein Verschulden gegenüber dem Beschenkten darstellen; es muss sich um solche Fälle handeln, in denen der Beschenkte die Nennung des Mangels erwarten konnte. Das kann der Beschenkte stets dann, wenn aus der Nichtmitteilung ein Schaden für ihn erwachsen kann. Da Arglist bewusstes Verschulden ist, so ist ein Mangel dann arglistig verschwiegen, wenn ihn der Schenker nicht nennt, obwohl er

1) Anderer Ans. Schollmeyer S. 28.

sich bewusst ist, dass daraus ein Schaden für den Beschenkten entstehen kann.[2] Ob der Schaden unmittelbar beabsichtigt ist oder der Schenker seinen Eintritt nur als möglich voraussieht, macht hierbei keinen Unterschied.

Der eventuell schädlichen Wirkung seines Geschenkes ist sich der Schenker dann nicht bewusst, wenn er glaubt, der Beschenkte habe den Mangel bereits selbst erkannt. Ebensowenig liegt Arglist vor, wenn er zwar weiss, dass der Beschenkte den Mangel nicht kennt, aber — mit oder ohne Grund — der Meinung ist, der Beschenkte werde ihn erkennen, ehe ihm daraus ein Schaden erwachsen könne. Anderer Meinung ist hier Süssheim S. 208, freilich mit eigentümlichen Argumenten. „Nicht der Vorsatz sei hier arglistig, sondern die Handlungsweise". Darüber ist aber doch kein Zweifel möglich, dass Arglist ein subjektives Merkmal ist. Der Schenker handelt zwar objektiv seiner Aufklärungspflicht entgegen, aber das Bewusstsein seines pflichtwidrigen Handelns fehlt ihm; deshalb ist sein Verschweigen kein arglistiges. Auf völliger Verkennung der objektiven und subjektiven Seite des Handelns beruht auch der Satz: „Arglistig ist das Stillschweigen nicht nur, wenn es in der Absicht zu täuschen geschieht, sondern auch dann, wenn es objektiv genommen, dem Treu und Glauben im Rechtsverkehr widerspricht und wenn es subjektiv auf Fahrlässigkeit beruht." Dass Süssheim auf der einen Seite den dolus als subjektives Merkmal fallen lässt, aber doch wieder Fahrlässigkeit dafür fordert, beruht wohl lediglich auf Willkür.

Beim Schenkungsversprechen wird für das arglistige Verschweigen nicht nur der Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Betracht kommen. Auch wenn der Schenker eine fremde Sache bona fide verspricht, vor der Erfüllung aber die wahre Rechtslage erfährt und sie dem Beschenkten bei der Hingabe arglistig verschweigt, würde er nach § 523 Abs. 1 haftbar zu machen sein. Das gilt auch für einen Schenker, der ein Versprechen der im Abs. 2 bezeichneten Art abgegeben und beim Erwerbe nicht dolos oder grob fahrlässig war.[3]

2) Ähnlich Endemann § 165 Anmerkung 1; Gutmann S. 91; Fabian S. 46.

3) Ebenso Gutmann S. 46; Cohn S. 49.

II.

Die Ersatzpflicht bezieht sich, wie schon oben im § 2 angedeutet wurde, ihrem Umfange nach auf den Schaden, der für den Beschenkten durch das arglistige Verschweigen des Mangels im Rechte entsteht. Es ist der Schaden zu ersetzen, der den Beschenkten nicht betroffen hätte, wenn nicht der Schenker den Mangel im Rechte arglistig verschwiegen hätte. Das arglistige Verschweigen muss die Ursache des Schadens sein. Dieses Causalitätsverhältnis besteht dann nicht, wenn der Empfänger den Rechtsmangel selbst gekannt hat. Nur soweit der Schaden auf Unkenntnis des Beschenkten von einem Mangel im Rechte beruht, ist er ersatzberechtigt.

Irreführend ist es, diesen Schaden als das negative Interesse zu bezeichnen[4]), da man darunter das Interesse an der Nichtannahme der Schenkung verstehen könnte, den Betrag, um den der Schenker ärmer ist, als er vor der Schenkung war. Mit diesem Betrage braucht sich aber die Ersatzpflicht des Schenkers keineswegs zu decken.

Einmal kann trotz des Mangels im Rechte und des daraus entstandenen Schadens ein Interesse an der Annahme der Schenkung bestehen, dann nämlich, wenn die Schenkung wenigstens zum Teil wirksam ist. Beispiel: A. hat seine Uhr im Werte von 150 Mark dem B. für eine Forderung von 50 Mark verpfändet, nimmt sie ihm aber wider dessen Willen weg und schenkt sie dem C.; er hofft vielleicht auf diese Weise, ein Gegengeschenk von C. zu erhalten, oder will B. und C. untereinander verfeinden oder will auch nur als Wohltäter erscheinen. C. ist zwar Eigentümer geworden, aber die Uhr ist mit einem Pfandrechte belastet; aus § 936 ergibt sich das zwar nicht, aber es ist aus § 935 analog zu schliessen.[5]) C. wird nun von B. auf Herausgabe verklagt und hierzu sowie zur Tragung der Prozesskosten in Höhe von 30 Mark verurteilt; obwohl C. noch um 70 Mark bereichert ist, muss ihm doch A. die 30 Mark Prozesskosten ersetzen.

---

4) Diese Bezeichnung findet sich in der Literatur sehr häufig; vergl. Planck, Anmerkung 1a zu § 523; Oertmann, Anmerkung 2 zu § 523; Dernburg 2 § 207 II 1a.

5) So auch Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, Band 2, 3. Auflage, Jena 1901, § 198 VII 2a.

Da ferner das arglistige Verschweigen auch in einem späteren Momente als zur Zeit des Vertragsschlusses beginnen kann, so besteht eine Ersatzpflicht nur bezüglich des Schadens, der von diesem Zeitpunkte an infolge des Vertrauens des Beschenkten auf sein Recht entsteht. Dieser kann natürlich kleiner sein, als das Interesse an der Nichtannahme der Schenkung.

Das Höchstmass des Schadens darf nicht schlechthin nach Analogie der §§ 122, 307 Abs. 1 durch das Erfüllungsinteresse begrenzt werden. Cohn S. 49 verlangt das mit der Begründung, dass der Schenker durch Verschaffung des vollen Rechtes oder Ersatz des Erfüllungsinteresses „seine arglistige Scheinwohltat zu einer solchen Schenkung gestaltet, wie sie besten Falls erfolgt wäre, wenn Arglist nicht im Spiele gewesen wäre". Verschafft der Schenker dem Beschenkten noch das volle Recht oder leistet er ihm das Erfüllungsinteresse, so wird für die Zukunft allerdings der Zustand hergestellt, den der Beschenkte im besten Falle erwarten konnte. Soweit daher eine Schadensersatzpflicht deshalb besteht, weil dieser Zustand nicht vorhanden ist, kann sie über das Erfüllungsinteresse nicht hinausgehen. Beispiel: A. hat dem B. einen Papagei im Werte von 20 Mark geschenkt, wobei er ihm arglistig verschweigt, dass er nicht Eigentümer ist. Aus irgend einem Grunde wird auch B. trotz seines guten Glaubens nicht Eigentümer. Er kauft um den Betrag von 25 Mark einen Bauer für den Vogel. Nun meldet sich der wahre Eigentümer C. bei B., und B. muss ihm den Papagei herausgeben. Die Ausgabe für den Vogelbauer stellt sich jetzt als nutzlos heraus; sie bedeutet für B., weil er den Papagei nicht hat, einen Schaden. Wenn nun aber A. dem B. doch noch den Papagei verschafft, oder wenn er ihm das Erfüllungsinteresse im Betrage von 20 Mark leistet, so ist damit bereits der Schaden beseitigt. Nachteile können für den Beschenkten aber auch dadurch eingetreten sein, dass in der Zwischenzeit der Zustand nicht bestand. Besonders ist dabei an Prozesskosten zu denken. Diese Nachteile können eventuell mehr betragen als das Erfüllungsinteresse und werden dann durch dessen Leistung nicht beseitigt. Hier besteht kein Grund dafür, den Umfang des Schadensersatzanspruches durch das Leistungsinteresse zu begrenzen.

§ 6.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 307 B. G. B.

Eine durch die Protokolle S. 1660 in fine angeregte Frage geht dahin, „ob der Schenker deswegen, weil er den Beschenkten durch grobe Fahrlässigkeit veranlasst hat, sich auf einen Vertrag einzulassen, der dem Beschenkten das volle Recht oder überhaupt ein Recht nicht zu verschaffen vermochte, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung gemäss Entwurf I § 345 (B. G. B. § 307) haftbar zu machen sei". Die Entscheidung der Frage sollte der Auslegung vorbehalten sein.

Die Mehrzahl der Schriftsteller ist einig darüber, dass § 307 nicht heranzuziehen sei[1]; ihnen schliessen sich auch die vorliegenden Ausführungen an. Freilich ist durch die Ausdrucksweise der Protokolle die Frage in ein falsches Fahrwasser geraten. Die Protokolle sprechen davon, dass eventuell § 307 wegen Unmöglichkeit der Erfüllung heranzuziehen sei. Eine solche Unmöglichkeit liegt natürlich nicht vor; deshalb, so wird gefolgert, ist § 307 nicht anwendbar.

Und doch könnte man an die Anwendung des § 307 denken, freilich nicht, weil Unmöglichkeit vorliegt. Zwischen dem Falle, dass jemand eine unmögliche Leistung verspricht, und dem, dass ein Schenker eine fremde Sache schenkt, besteht eine gewisse Ähnlichkeit. In beiden Fällen musste der andere Teil glauben, ein Recht auf eine gewisse Leistung zu erhalten, während ihm dieses Recht nicht zu teil wurde. Im einen Falle beruht das darauf, dass die Leistung unmöglich ist, im anderen darauf, dass das Gesetz den Schenker nicht zu dem verbindet, wozu ihn seine Erklärung zu verbinden scheint. In beiden Fällen entstehen nicht solche Verbindlichkeiten, wie das aus den Erklärungen zu schliessen war. Man könnte deshalb recht wohl daran denken, auch beim Schenkungsfalle die Grundsätze der culpa in contrahendo heranzuziehen und den Schenker auf das negative Interesse haften zu lassen.

---

1) Planck, Anmerkung 1a zu § 523; Oertmann, Anmerkung 2a zu § 523; Goldberg S. 91ff.; Gutmann S. 46; Fabian S. 37; Cohn S. 53. Die gegenteilige Ansicht findet sich nur bei Meisner, Anmerkung 3 zu § 523. Gutmann behauptet, dass auch Matthiass S. 54 die gegenteilige Ansicht vertrete; doch beruht das auf einem Missverständnis.

Dem steht aber ein schwerwiegender Umstand entgegen. § 523 Abs. 1 macht die Ersatzpflicht von der arglistigen Verschweigung des Mangels abhängig, setzt, wie oben § 5 ausgeführt wurde, voraus, dass der Schenker den Mangel nicht nennt, obwohl er sich bewusst ist, dass daraus für den Beschenkten ein Schaden erwachsen könne. Wollte man § 307 heranziehen, so würde eine Ersatzpflicht nicht nur bereits aus einfacher Kenntnis, sondern sogar schon aus grob fahrlässiger Unkenntnis folgen. § 523 Abs. 1 hätte daher nur Bedeutung für die vereinzelten Fälle, in denen der Schenker, der ein Schenkungsversprechen abgegeben hat, den Mangel beim Vertragsschluss ohne grobe Fahrlässigkeit noch nicht kannte, ihn aber vor der Erfüllung erfährt und dann arglistig verschweigt. Eine solche Beschränkung der Bedeutung des § 523 Abs. 1 dürfte kaum dem Willen des Gesetzes entsprechen; daher muss es abgelehnt werden, § 307 heranzuziehen.

§ 7.

Der Schadensersatz bei der Anschaffungsschenkung.

I.

Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen der § 523 Abs. 2 zur Anwendung kommt (vergl. oben §§ 2—4), so kann der Beschenkte zunächst verlangen, dass der Schenker den Mangel im Rechte beseitige. Diese Verpflichtung bezieht sich auf alle Mängel im Rechte, die die §§ 433 Abs. 1, 434—437 aufzählen (vergl. auch oben § 1). Bestreitet der Schenker den vom Beschenkten geltend gemachten Mangel im Rechte, so liegt die Beweislast dem Beschenkten ob (§ 442).

Besonders ist nur hervorzuheben, worauf auch schon im § 1 hingewiesen wurde, dass bei der Schenkung als einer unentgeltlichen Zuwendung als Mängel im Rechte auch die Bereicherungsansprüche der §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 in Betracht kommen. Ob der Schenker dann, wenn ein Dritter, gestützt auf § 816 Abs. 1 Satz 2 dem Beschenkten den Gegenstand abstreitet, aus § 523 Abs. 2 haftbar gemacht werden kann, ist nicht ohne weiteres klar. Beispiel: A. hat dem B. schenkweise versprochen, ihm eine Uhr zu kaufen. Er kauft die Uhr beim Pfandleiher C., hätte aber bei einiger Sorgfalt

erkennen können, dass C. nicht Eigentümer war, sondern durch den Verkauf eine Unterschlagung beging. A. wird daher nicht Eigentümer; er übergibt die Uhr dem B., der infolge seines guten Glaubens Eigentümer wird. Ihm streitet aber D., der frühere Eigentümer, die Uhr auf Grund des § 816 Abs. 1 Satz 2 ab. Der Mangel im Rechte, den A. infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, ist das Eigentum des D., während beim Beschenkten der Rechtsmangel der Bereicherungsanspruch des D., also ein obligatorisches Recht ist. Dass A. diesen Mangel beim Erwerbe schon voraussehen konnte, wird sich in der Regel nicht behaupten lassen. Wohl aber hätte er erkennen können, dass er selbst nicht das Eigentum und damit auch nicht die Verfügungsgewalt erlangte. Da nun die Herausgabepflicht des Beschenkten doch nur eine Folge der mangelnden Verfügungsgewalt des Schenkers ist, so wird man kein Bedenken zu tragen brauchen, auch in einem solchen Falle § 523 Abs. 2 anzuwenden.

Juristisch denkbar ist es auch, dass der Anspruch aus § 822 ein Recht des Beschenkten nach § 523 Abs. 2 zur Entstehung bringt. Die Voraussetzungen komplizieren sich freilich derartig, dass ein solcher Fall selten vorkommen wird. Beispiel: A. verspricht dem B. als Geschenk einen gewissen Kunstgegenstand, der zum Nachlasse des C. gehört. A. wendet sich deshalb an D., der durch einen unrichtigen Erbschein als Erbe des C. legitimiert ist. D. schenkt ihm den Gegenstand, und A. wird Eigentümer, weil er die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht kennt. Doch hätte er bei Aufwendung einiger Sorgfalt wissen müssen, dass D. nicht Erbe ist. A. tradiert den Gegenstand dem B. Zunächst wäre nun A. nach § 816 Abs. 1 Satz 2 zur Herausgabe verpflichtet gewesen, hat das aber, da er eben den D. infolge grober Nachlässigkeit für den wahren Erben hielt, nicht gewusst. Durch die Übergabe an B. wird er dem wahren Erben gegenüber von jeder Haftung frei; der Bereicherungsanspruch des Erben richtet sich jetzt gegen B. Wird diesem der Gegenstand abgestritten, so kann er den A. nach § 523 Abs. 2 haftbar machen.[1]

1) Gutmann S. 53 behauptet, dass § 822 und § 523 Abs. 2 nicht in Verbindung gebracht werden können, weil ihre Voraussetzungen einander widersprächen. Er denkt dabei aber nur an solche Fälle, in denen der Schenker auf Grund guten Glaubens im Sinne von § 932 Eigentümer wird. Dann wäre allerdings beim Erwerbe nicht grobe Fahrlässigkeit vorhanden, und es läge damit auch nicht eine der subjectiven Voraussetzungen des § 523 Abs. 2 vor.

II.

Unter den Paragraphen, die im § 523 Abs. 2 zitiert werden, befindet sich nicht der § 439. Ganz verfehlt ist es, den Grund hierfür darin zu suchen, „dass der im § 439 ausgesprochene Gedanke, dass nämlich der Verkäufer wegen dem Käufer bekannter Rechtsmängel nicht zu haften brauche, für die Schenkung sich als selbstverständlich schon aus deren Wesen ergebe".[2] § 439 kann sich doch nur auf solche Käufe beziehen, bei denen der Verkäufer aus seinem eigenen Bestande leisten soll. In wessen Rechtslage soll denn beim Anschaffungskaufe zur Zeit des Vertragsschlusses ein Mangel im Rechte vorliegen? Ebensowenig kann von Kenntnis eines Mangels im Rechte bei einem Schenkungsgeschäfte die Rede sein, demzufolge der Schenker den versprochenen Gegenstand erst erwerben soll. § 439 Abs. 2 brauchte im § 523 Abs. 2 nicht zitiert zu werden, da diese Bestimmung nur dort Bedeutung hat, wo § 439 Abs. 1 als Regel gilt.[3]

Cohn S. 65 nimmt an, dass dann, wenn der Erwerb eines Grundstücks schenkweise versprochen ist, von dem die Parteien beim Vertragsschluss wissen, dass darauf Hypotheken lasten, der Schenker sich nicht um die Ablösung zu bemühen brauche. „Das Grundstück wird gewöhnlich samt allen darauf ruhenden Lasten als ein Individuum aufgefasst, das nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge in seiner ganzen faktischen und rechtlichen Beschaffenheit so fortbestehen wird, wie es ist." In diesem Falle sei ein Ausschluss der gesetzlichen Bestimmungen durch den Parteiwillen anzunehmen. Nun denke man sich aber einmal z. B., der Kapitalist X. verspricht der Kirchgemeinde N., ihr einen bestimmten Bauplatz für einen Kirchenbau zu schenken. Dieser Platz ist 20000 Mark wert, und es ruhen 18000 Mark Hypotheken darauf. Dann soll X. nur dazu verpflichtet sein, den Bauplatz zu kaufen, was ihm nicht mehr als 2000 Mark kosten dürfte? Man wird im Gegenteil sagen

2) So Goldberg S. 102; aber auch Cosack sagt § 139 IV 2d: „Die Regel, dass der Verkäufer den Kaufgegenstand auch frei von Hypotheken, Pfandrechten und dgl. liefern muss, die der Käufer beim Kaufabschluss gekannt hat, ist auf den Schenker nicht übertragen."

3) Ebenso Gutmann S. 54.

müssen, dass in allen Fällen, in denen etwas anderes nicht ausdrücklich vereinbart ist, eine Pflicht zur Ablösung besteht.

III.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also den Interesseanspruch statt Beseitigung des Mangels im Rechte, kann der Beschenkte nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 280, 283 286 Abs. 2 verlangen.[4] Ist eine bewegliche Sache verschenkt und dem Beschenkten zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Beschenkte wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dann verlangen, wenn ausserdem die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2—4 vorhanden sind. Diesem Erfordernis, dessen Durchführung nichts Besonderes bietet, liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Beschenkte nicht eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erlangen solle, während er gleichzeitig im Genusse der verschenkten Sache verbleibt (Protokolle S. 1662). Entsprechendes gilt auch, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verschenkt ist, das zum Besitze der Sache berechtigt (§ 441).

II. Abschnitt.

Haftung für Mängel der Sache.

§ 8.

Der Begriff „Fehler der Sache".

Mit Rücksicht auf die lukrative Natur des Geschäftes ist die Gewährleistungspflicht für Mängel der Sache bei der Schenkung anders geregelt als bei den entgeltlichen Veräusserungsverträgen. Soweit das Gesetz eine ausdrückliche Normierung für nötig erachtet, findet sie sich im § 524. Dass sie nicht vollständig ist[1], ergibt sich daraus, dass § 524 nur von

4) So auch Planck, Anmerkung 1b zu § 523; Gutmann S. 57.

1) Vollständigkeit ist auch nicht angestrebt; vergl. Protokolle S. 1664.

„Fehlern“ der verschenkten Sache spricht. Nach der in den §§ 459, 460 aufgestellten Terminologie, die in Ermangelung anderer Bestimmungen auch hier gelten muss, ist es nicht als ein Fehler der verschenkten Sache anzusehen, wenn sie nicht die zugesicherten Eigenschaften hat. Deren Abwesenheit wird nicht als Fehler der Sache bezeichnet, sondern fällt mit den Fehlern zusammen unter den gemeinschaftlichen Oberbegriff des Mangels.

In Anlehnung an § 459 Abs. 1 handelt es sich im § 524 um solche Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht. In eine Untersuchung dieses Fehlerbegriffes braucht hier nicht eingetreten zu werden, sondern es kann auf die ausführlichen Erörterungen verwiesen werden, denen derselbe in der Literatur über die Mängelhaftung des Verkäufers unterworfen wird. Nur eine Auffassung ist auch in diesem Zusammenhange zurückzuweisen, weil sie entscheidende Folgen für die Anwendung des § 524 Abs. 2 hat. Berndorf[2] will in Anlehnung an ältere Schriftsteller[3] bei der Gattungsschuld einen Unterschied machen zwischen mittlerer Art und Güte und Fehlerfreiheit, dergestalt, dass die Leistung einer Sache, die nicht mittlerer Art und Güte ist, schlechthin als Nichterfüllung anzusehen ist. Die Folge davon würde sein, dass dann nicht § 480 bez. bei der Schenkung § 524 Abs. 2 anzuwenden wäre, sondern die allgemeinen Grundsätze über Nichterfüllung Platz griffen. Dagegen ist zu sagen, dass eine Sache deshalb, weil sie nicht mittlerer Art und Güte ist, nicht etwas anderes ist als das, worüber sich die Parteien geeinigt haben. Dieser Einigung entspricht die Sache, weil sie die aufgestellten Gattungsmerkmale hat. Was ihr fehlt, ist ein Mangel der Qualität, und dieser Qualitätsmangel bedeutet ebensogut einen Fehler, wie etwa schadhafter Zustand der Sache. Fehler ist eben nicht gleich-

2) Berndorf, Die Gattungsschuld, Berlin 1900, S. 88.

3) Goldschmidt in seiner und Labands Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band XIV S. 110; Römer, die Leistung an Zahlungsstatt, Tübingen 1866, S. 120–122.

bedeutend mit schablonenmässig bestimmten Hauptmängeln, sondern liegt stets dann vor, wenn die Sache nicht von der Beschaffenheit ist, die im konkreten Falle erwartet werden kann.[4) 5)]

§ 9.

Die allgemeine Regelung der Haftung für Fehler.

I.

Über die Rechtsfolgen, die sich an das Vorhandensein von Fehlern der verschenkten Sache knüpfen, gibt § 524 folgende Bestimmungen:

Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, dass ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. —

Nach Abs. 2 kann also eine besondere Behandlung dann einzutreten haben, wenn der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen hat, die er erst erwerben sollte. Die Voraussetzung, dass der Schenker das Schenkungsobjekt erst erwerben sollte, besteht in derselben Weise, wie im § 523 Abs. 2 (vgl. deshalb darüber oben § 2). Dass es sich nur um Sachen und nicht um Gegenstände handelt,

---

4) Hierzu vergl. Crome S. 454.

5) In der Literatur findet sich die Unterscheidung im Berndorfschen Sinne nicht. Vergl. Planck, Anmerkung 3 zu § 480; Oertmann, Anmerkung 2 zu § 480; Cosack, § 127 I 2; Endemann, § 161 Anmerkung 61; Crome, § 220 Anmerkung 26, § 231 Anmerkung 39; Dernburg 2 S. 68 oben.

ist selbstverständlich, da ja Mängelhaftung in Frage steht. Für die Anwendung des § 524 Abs. 2 besteht aber auch noch die Voraussetzung, dass die Sache, die der Schenker erst erwerben soll, nur der Gattung nach bestimmt ist. Der darin liegende Unterschied von § 523 Abs. 2 beruht auf folgender Erwägung: Den wahren Berechtigten kann der Schenker, der das Schenkungsobjekt erst erwerben soll, suchen, mag die Sache generell oder individuell versprochen sein. Daher kann auch der Schenker einer individuell bestimmten Sache dafür haftbar gemacht werden, wenn er sich schuldhaft mit einem Nichtberechtigten eingelassen hat. Eine fehlerfreie Sache jedoch kann der Schenker nur suchen, wenn sie generisch versprochen ist. Ist sie individuell bestimmt, so ist der Fehler eine Eigenschaft, die dem geschuldeten Objekte selbst anhaftet; ihr Rechtsstand zur Zeit der Versprechensabgabe kann daher auf die Frage nach der Haftung für Sachmängel keinen Einfluss haben. Schenkungsgeschäfte, die von § 524 Abs. 2 betroffen werden können, sind also diejenigen gerichtlich oder notariell beurkundeten Schenkungsversprechen, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, und bei denen die Beteiligten als Voraussetzung der Erfüllung den Erwerb durch den Schenker angesehen haben.

II.

1. Die Haftung des Schenkers für Fehler der Sache ist der für Rechtsmängel soweit parallel geregelt, als das die verschiedenartige Veranlassung der Haftung zulässt. Im allgemeinen tritt eine Haftung auch hier nur dann ein, wenn der Schenker den Fehler arglistig verschweigt. Ihrem Umfange nach geht sie gleichfalls nur auf den daraus entstehenden Schaden, den Schaden, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf Fehlerfreiheit erleidet. Da der Schenker also nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat, wenn er den Schaden arglistig verschweigt, so ergibt sich daraus, dass der fehlerhafte Zustand der Sache als solcher ihn nicht haftbar macht. Die Tatsache allein, dass der Schenker eine fehlerhafte Sache hingibt oder verspricht, hat keine Rechtswirkungen. Nur wenn und soweit der Fehler auf das übrige Vermögen des Beschenkten schädigend fortwirkt, kann der Schenker ersatzpflichtig werden. Für einen bestimmten Erfolg, für die Leistung einer fehlerfreien Sache steht der

Schenker nicht ein; mit anderen Worten, es besteht für ihn keine Gewährleistungspflicht.

2. Wenn freilich der Schenker die Sache nach der Versprechensabgabe schuldhaft verschlechtert, so wird er ersatzpflichtig. Aber diese Verpflichtung beruht nicht darauf, dass ihm durch den Vertragsschluss eine Gewährleistungspflicht auferlegt würde, sondern darauf, dass eine durch den Vertragsschluss begründete Nebenverpflichtung angenommen werden muss, das Schenkungsobjekt dem Beschenkten bis zur Übergabe in dem Zustande zu erhalten, in dem es sich zur Zeit des Vertragsschlusses befindet. Eine solche Verpflichtung des Schenkers muss angenommen werden, soll es nicht in seiner Hand liegen, das Schenkungsversprechen illusorisch zu machen. Er muss die Sache aufbewahren, beaufsichtigen, eventuell auch noch Lasten tragen, z. B. das verschenkte Tier füttern. Handelt er dieser Verpflichtung zuwider, so muss er auch einen dadurch entstandenen Fehler vertreten. Das ist aber nicht die Folge einer durch den Vertragsschluss auferlegten Gewährleistungspflicht, sondern die Folge schuldhaft vertragswidrigen Verhaltens.[1]

3. Steht ein solches vertragswidriges Verhalten des Schenkers nicht in Frage, so haftet er, von § 524 Abs. 2 noch abgesehen, mangels einer Gewährleistungspflicht nur für den aus dem arglistigen Verschweigen entstandenen Schaden. Arglistig verschwiegen ist der Fehler dann, wenn ihn der Schenker kennt und nicht nennt, obwohl er sich bewusst ist, dass daraus ein Schaden für den Beschenkten entstehen kann.[2] Der Umfang der Ersatzpflicht ist derselbe, wie nach § 523 Abs. 1: Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Beschenkte nicht auf fehlerfreien Erwerb vertraut hätte.[3] Als Zeitpunkt des arglistigen Verschweigens kommt nicht nur der Vertragsschluss in Betracht. Hat der Schenker bei Abgabe des Versprechens den Fehler nicht gekannt, ihn aber vor der Erfüllung

1) Entsprechend für den Verkäufer Planck, Anmerkung 1a zu § 459; Oertmann, Anmerkung zu § 459 unter 6; Endemann, § 160 Anmerkung 20; Cosack § 127 IV 3.

2) Vergl. oben § 5 I; Endemann, § 165 Anmerkung 1; Dernburg 2, § 208 Anmerkung 8; Crome, 231 Anmerkung 34.

3) Vergl. auch oben § 5 II.

erfahren und arglistig verschwiegen, so wird er soweit ersatzpflichtig, als Kenntnis des Fehlers von diesem Zeitpunkt an den Beschenkten vor Schaden bewahrt hätte.

§ 10.

Die Haftung für Fehler bei der Gattungsschenkung.

I.

Hat der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, so ergeben sich in bezug auf die Haftung für Fehler ähnliche Fragen wie bei der Haftung für Mängel im Rechte. Im § 4 ist ausgeführt worden, dass daraus noch nicht auf die Entstehung einer Gattungsschuld geschlossen werden kann, dass das Schenkungsobjekt nur nach Gattungsmerkmalen bezeichnet wurde. Ist vielmehr nach den dort aufgestellten Grundsätzen anzunehmen, dass der Schenker nur verpflichtet ist, aus seinem Bestande eine Sache der betreffenden Gattung zu leisten, so ist das Schuldverhältnis eine gemischt generische Obligation, auf die die Grundsätze der Gattungsschuld nicht ohne weiteres Anwendung finden können. Nicht anwendbar ist vor allem die Bestimmung des § 243 Abs. 1: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.“ [1] Der Schenker ist nur verpflichtet, die Leistung seinem Bestande an gattungsmässigen Sachen zu entnehmen. Befindet sich unter diesen keine Sache mittlerer Art und Güte, so ist damit klar, dass er kein Mittelgut zu leisten braucht. Aber auch, wenn er Sachen mittlerer Art und Güte in seinem Bestande hat, wird man doch nicht sagen können, dass er nur unter diesen die Leistung auswählen und nicht jede gattungsmässige Sache des Bestandes liefern dürfe. Im § 8 wurde bemerkt, dass eine Sache deshalb, weil sie nicht mittlerer Art und Güte ist, doch nicht etwas anderes ist als das, worüber sich die Parteien geeinigt haben, dass darin vielmehr ein Mangel der Qualität liege, der ebenso als Fehler aufzufassen ist, wie etwa schadhafter Zustand der Sache. Nun gilt aber der Grundsatz, dass der

1) Siehe auch Crome § 147 Anmerkung 4.

Schenker, von dem besonderen Falle des § 524 Abs. 2 noch abgesehen, für fehlerfreien Zustand nicht haftet, und dass es ausser bei arglistigem Verschweigen des Fehlers keine Rechtswirkung hat, wenn er eine fehlerhafte Sache leistet. Gegen diesen Grundsatz würde verstossen, wenn man den Schenker innerhalb seines Bestandes nicht frei wählen liesse, sondern ihn zwingen würde, ein Mittelgut daraus auszuwählen.

II.

1. Fehlerhaften Zustand der verschenkten Sache zu vertreten, wird dem Schenker unter gewissen Voraussetzungen durch § 524 Abs. 2 auferlegt: „Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, dass ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Dadurch, dass der Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache wie ein Gewährschaftsanspruch gestaltet ist, wird anerkannt, dass Lieferung einer fehlerhaften Sache nicht schlechthin als Nichterfüllung anzusehen ist, als Lieferung eines anderen Objektes als des geschuldeten, sondern als mangelhafte Erfüllung.

Wenn nun aber auch hiernach der Schenker für fehlerfreie Beschaffenheit der verschenkten Sache einstehen muss, so kann doch die Bedeutung der Bestimmung nicht dahin gehen, dass durch den Schenkungsvertrag eine Gewährleistungspflicht des Schenkers begründet wird. Bestünde eine solche, so würde es keinen Einfluss ausüben können, ob der Schenker bei dem Erwerbe schuldhaft gehandelt hat oder nicht; schuldloses Verhalten des Schenkers könnte die Pflicht nicht aufheben. Begründet sonach der Vertragsschluss nicht eine Pflicht des Schenkers, für fehlerfreie Beschaffenheit einzustehen, so müsste man daraus schliessen, dass auch Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Fehlers dem Schenker nichts schaden könne,

weil eben keine Pflicht besteht, welcher der Schenker damit zuwiderhandelt. Entsprechend der Erklärung, die Oertmann zu § 523 Abs. 2 gibt, wäre für die analoge Gestaltung des § 524 Abs. 2 anzunehmen, dass der Schenker stets, auch wenn er beim Erwerbe nicht schuldhaft gehandelt hat, eine fehlerfreie Sache nachliefern müsste. Dass dies im direkten Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes stünde, bedarf keiner Hervorhebung. Oertmann verweist in der Anmerkung zu § 524, leider nur ohne weitere Ausführungen, auf seine Erklärung zu § 523, diese ist aber hier völlig unanwendbar.

Zur Erklärung der Bestimmung des § 524 Abs. 2 ist anzunehmen, dass das Gesetz eine ähnliche Konstruktion anwendet wie im § 523 Abs. 2 (vgl. oben § 3 II 1). Darnach ist der Schenker verpflichtet, die Sache für den Beschenkten zu erwerben und ihm zu übergeben. Der Erwerb ist eine Geschäftsbesorgung, die der Schenker im Interesse des Beschenkten vornimmt. Wenn er dabei das Interesse des Beschenkten schuldhaft verletzt, so muss er dafür einstehen. Liegt kein Verschulden vor, so ist er frei, wenn er die Sache so herausgibt, wie er sie durch den Erwerb erlangt. Der aus dem Verschulden folgende Anspruch des Beschenkten wird aber nicht als Schadensersatzanspruch behandelt, sondern wie ein durch den Vertragsschluss begründeter Gewährschaftsanspruch; damit wird auf den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes, Leistung eines Gegenstandes, zurückgegangen.

Eine Folge davon, dass der Anspruch wie ein Gewährschaftsanspruch behandelt wird, ist es, dass im § 524 Abs. 2 Satz 2 eine Bestimmung gegeben wird, die der des § 480 Abs. 2 entspricht: „Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.“ Da der Beschenkte den Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache verlangen kann, so tritt das Wahlrecht nur ein, wenn ohne das arglistige Verschweigen wenigstens ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache bestünde. Hat also der Schenker beim Erwerbe nicht schuldhaft gehandelt, erlangt er aber vor Vollzug der Schenkung Kenntnis von dem Fehler und verschweigt er ihn arglistig, so haftet er doch nur in dem Umfange, den

Abs. 1 bestimmt.[2] Also nur, wenn der Schenker den Fehler beim Erwerbe gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, kann der Beschenkte das Wahlrecht erlangen. Lag grob fahrlässige Unkenntnis vor, so ist natürlich noch erforderlich, dass der Schenker von dem Vorhandensein des Fehlers vor der Erfüllung Kenntnis erlangt hat.

Arglistig verschwiegen ist der Fehler in diesem Falle nicht erst dann, wenn der Schenker sich bewusst ist, dass der Fehler auf das übrige Vermögen des Beschenkten schädigend fortwirken könne (vgl. oben § 9 II 3), sondern schon dann, wenn der Schenker ihn kennt und doch nicht nennt, obwohl er sich bewusst ist, dass der Beschenkte die Sache als fehlerfrei ansieht. Darin bereits liegt hier eine Arglist, weil der Schenker auf diese Weise den Anschein erweckt, als ob er seine Verbindlichkeit ordnungsmässig erfülle.

2. Kann das Schenkungsversprechen nur als rein generisch aufgefasst werden (vgl. darüber oben S. 24), haben die Parteien aber daran nicht gedacht, ob der Schenker die Sache erst erwerben solle oder nicht, so wird man, ähnlich wie bei der Rechtsmängelhaftung, das Gesetz ausdehnend interpretieren und doch § 524 Abs. 2 anwenden müssen. Würde man hier nur eine Beurteilung nach § 524 Abs. 1 eintreten lassen, so würde der Schenker bei Lieferung einer fehlerhaften Sache nur für den Schaden aus dem arglistigen Verschweigen haften, aus der Tatsache allein jedoch, dass die Sache fehlerhaft ist, nicht haftbar gemacht werden können. Auch die Lieferung einer ganz fehlerhaften Sache wäre geeignet, seine Verbindlichkeit zu tilgen. Da nun hier nicht bestimmte Individuen in obligatione sind, so wäre es dem Schenker unbenommen, sich durch Leistung des Schlechtesten, was er auftreiben kann, von seiner Verbindlichkeit zu lösen. Zu einem befriedigenden Resultate wird man nur gelangen können, wenn man § 524 Abs. 2 in ausdehnender Interpretation auf alle rein generischen Schenkungen anwendet. Die Berechtigung hierzu ergibt sich aus derselben Erwägung wie bei der Rechtsmängelhaftung. Vergl. darüber oben S. 26. „Das geht doch aus dem Schenkungsversprechen selbst hervor,

2) Planck scheint in Ziffer 2 zu § 524 anzunehmen, dass dieses Wahlrecht gar nicht an die subiectiven Voraussetzungen des ersten Satzes gebunden ist.

dass die Verpflichtung des Schenkers von seinem Bestande zur Zeit des Vertragsschlusses unabhängig und ein Erwerb nicht ausgeschlossen sein sollte. Diese negative Bedeutung hat ein solches Versprechen mit denen des § 524 Abs. 2 gemeinsam.“ Erkennt man darnach die Berechtigung einer Anwendung des § 524 Abs. 2 auf alle rein generischen Schenkungen an, so wäre bei der Anwendung eine Unterscheidung zu machen. Erwirbt der Schenker die Sache, um sie zu verschenken, so würde die Entstehung des Anspruchs auf Leistung einer anderen Sache davon abhängen, ob der Schenker den Fehler zur Zeit des Erwerbes gekannt oder grob fahrlässig nicht gekannt hat. Hat der Schenker aber den Gegenstand nicht erworben, um ihn zu schenken, so wäre die Entnahme aus dem eigenen Bestande, also der Zeitpunkt der Lieferung der kritische Moment (vgl. oben S. 26).

3. Für die Durchführung der Ansprüche auf Nachlieferung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung sollen nach § 524 Abs. 2 Satz 3 die für die Gewährleistung wegen Fehler der verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Die einschlägigen Bestimmungen gibt § 480; es fallen aber naturgemäss die anderen dort erwähnten Rechte — Wandelung und Minderung — weg. Das Recht des Beschenkten, zu wählen zwischen Nachlieferung und Schadensersatz, erlischt, wenn er sich für den einen oder anderen Anspruch bindend entschieden hat. Der Anspruch auf Schadensersatz geht verloren, wenn betreffs des Anspruchs auf Nachlieferung ein dem § 465 entsprechender Vertragsschluss stattgefunden hat. Dagegen wird das Recht auf Nachlieferung bereits dadurch verwirkt, dass sich der Beschenkte einseitig für den Schadensersatzanspruch entscheidet.[3] Die betreffs des Anspruchs auf Nachlieferung im § 480 zitierten Bestimmungen sind im allgemeinen auf den Anspruch des Beschenkten auf Nachlieferung ohne weiteres anwendbar und bedürfen hier keiner weiteren Erörterung.[4] Unanwendbar sind die §§ 474, 475, 478, 479.

3) So auch Cosack für die Rechte des Käufers, § 127 IV 1a.

4) Vergl. die Literatur zu § 480, insbesondere Planck, Anmerkung 4 zu § 480.

§ 11.

Haftung für zugesicherte Eigenschaften.

Im § 8 wurde darauf hingewiesen, dass die Regelung der Mängelhaftung des Schenkers im § 524 keine vollständige ist. Es fehlen Bestimmungen für den Fall, dass die verschenkte Sache nicht die zugesicherten Eigenschaften hat. Zusicherung von Eigenschaften ist vertragsmässige Übernahme der Verpflichtung, eine Sache von besonderer Tauglichkeit zu leisten.[1] Dass auch der Schenker mit rechtlicher Wirksamkeit eine solche Verpflichtung auf sich nehmen kann, ist selbstverständlich. Da es sich dabei um einen Teil des Vertragsinhaltes handelt, so ist die Zusicherung für den Schenker nur verbindlich, wenn sie in der Form des § 518 geschieht.[2] Mit dieser Ansicht verträgt es sich, dass man die Richtigkeit einer allgemeinen Regel leugnet, die Zusicherung von Eigenschaften sei stets der Form bedürftig, die für den betreffenden Vertrag erfordert werde.[3] Die Regel wird im besonderen im Hinblick auf die Formvorschrift des § 313 für den Grundstückskauf ausgesprochen. Hier ist es der Gegenstand des Vertrags, der den Gesetzgeber aus wirtschaftlichen und sozialen Erwägungen zur Aufstellung des Formerfordernisses veranlasst. Die Nebenverpflichtungen, die dabei etwa eingegangen werden, werden von der ratio legis nicht mit betroffen. Dagegen soll die Formvorschrift des § 518 dem entgegen wirken, dass lukrative Verpflichtungen irgend welchen Inhalts übereilt eingegangen werden. Deshalb wird hier auch die Zusicherung von Eigenschaften durch die ratio legis betroffen. Eine Ausnahme von der Regel, dass der gesamte Vertragsinhalt in der Schenkungsurkunde stehen müsse, war nur anzunehmen für die Tatsache, „dass der Schenker den Gegenstand erst erwerben sollte“ (vgl. oben S. 12). Aus praktischen Erwägungen, weil die Parteien den Erwerb in der Regel als etwas Selbstverständliches ansehen werden, war in diesem Falle von dem Formerfordernis abzusehen.

---

1) Endemann S. 988.

2) So auch Endemann § 165 Anmerkung 3.

3) Dies behaupten Endemann § 161 Anmerkung 23 und die dort Genannten; Crome § 221 bei Anmerkung 23; anderer Ansicht Dernburg 2 § 184 III.

Was für eine Folge hat es nun, wenn der verschenkten Sache Eigenschaften fehlen, die in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung zugesichert sind? Das Schweigen des Gesetzes hierüber begründen die Protokolle S. 1664 damit, dass in jedem einzelnen Falle ermittelt werden müsse, in welchem Sinne eine Zusicherung gemacht sei. Überzeugend ist diese Motivierung wohl nicht. Infolge des Erfordernisses der Beurkundung wird sich die Frage leicht entscheiden lassen, ob sich der Schenker wirklich verpflichtet hat, eine Sache von besonderer Tauglichkeit zu leisten. Unverbindliche Anpreisungen werden in der Regel überhaupt nicht in die Urkunde hereinkommen oder sich als solche infolge der schriftlichen Fixierung leicht erkennen lassen. Steht darnach fest, dass der Schenker Eigenschaften zugesichert hat, so hätten sich doch wohl die Folgen ihres Fehlens gesetzlich normieren lassen.[4]

In Ermangelung besonderer Bestimmungen wird man die beim Kaufe geltenden analog anwenden müssen. Diese sind allerdings zu modifizieren, weil von Wandelung und Minderung bei der Schenkung nicht die Rede sein kann. Unmittelbar anwendbar ist zunächst § 463: Fehlt der verschenkten Spezies zur Zeit des Abschlusses des Schenkungsgeschäftes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Beschenkte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Ist ein Schenkungsversprechen abgegeben und die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit der Erfüllung nicht mehr vorhanden, so hat das für den Schenker keine Folgen. Wandelung und Minderung, die beim Kaufe dann noch möglich sind, kommen nicht in Betracht. Dem Beschenkten aber auch in diesem Falle den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu geben, verbietet sich aus denselben Erwägungen wie beim Kaufe.[5] Es ist nicht anzunehmen, dass der Schenker einer Spezies dem anderen Teile gegenüber eine weitergehende Haftung übernehmen will, als er zu übersehen im stande ist. Mängel, welche die Sache nach dem Vertragsschluss treffen, hat deshalb der Schenker nur dann zu vertreten, wenn und soweit ihm oder den Personen des

4) Vergl. hierzu auch Scherer, das Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. 3. Heft, Erlangen 1903, Anmerkung 3 zu § 524.

5) Siehe hierzu Protokolle S. 1382.

§ 278 B. G. B. ein Verschulden zur Last fällt. Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache Gegenstand der Schenkung, so kann der Beschenkte nach seiner Wahl Lieferung einer mangelfreien Sache oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Beschenkten übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (vgl. § 480). Auf diese Ansprüche sind die für die analogen Ansprüche des Käufers geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar.

Anhang.

Einige besonders gestaltete Fälle.

§ 12.

Remuneratorische Schenkungen; Schenkungen von Todeswegen; Schenkung einer Erbschaft.

I.

Die Abarten der Schenkung, bei denen die Frage nach der Gewährleistungspflicht einer besonderen Betrachtung bedarf, sind durch das B. G. B. gegenüber dem gemeinen Rechte vermindert. Der Streit über die Behandlung des donator remunerationis gratia besteht nicht mehr für das geltende Recht: Die belohnenden Schenkungen fallen unter die im § 534 genannten, durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksichten gebotenen Schenkungen, bei denen Mängel im Rechte und Mängel der Sache nicht anders zu behandeln sind, wie bei gewöhnlichen Schenkungen.

II.

Endgiltig entschieden ist auch der Streit über die Schenkungen auf den Todesfall. Sie werden nach den für Verfügungen von Todeswegen geltenden Vorschriften behandelt. Nur wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht, finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung (§ 2301). Ob das Schenkungs-

geschäft als Realschenkung abgeschlossen ist oder als Schenkungsversprechen, das bei Lebzeiten des Schenkers erfüllt wird, macht keinen Unterschied.[1]

III.

Bei der Schenkung einer Erbschaft steht die Regelung der Haftung des Schenkers im Einklange mit der Bestimmung des § 523 Abs. 1. Als Mangel im Rechte ist es hierbei anzusehen, wenn dem Schenker nicht das Erbrecht zusteht, wenn es durch das Recht eines Nacherben oder durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, wenn Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen oder unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist (§ 2376). Eine Gewährleistungspflicht wegen eines solchen Mangels im Rechte trifft aber den Schenker nicht. Hat er jedoch den Mangel im Rechte arglistig verschwiegen, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 2385 Abs. 2 Satz 2).

Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache hat nicht einmal der Verkäufer zu vertreten (§ 2376 Abs. 2), geschweige denn der Schenker.

§ 13.

Schenkung unter einer Auflage.[1]

Die allgemeinen Grundsätze, die für die Haftung des Schenkers für Mängel im Rechte und Mängel der Sache gelten, sind auch dann anzuwenden, wenn die Schenkung unter einer Auflage gemacht ist. Andererseits kann das Vorliegen eines Mangels im Rechte oder der Sache nicht ohne Einfluss bleiben auf die Stellung eines Beschenkten, der sich selbst zu einer Leistung verpflichtet in der Erwartung mangelfreien Erwerbs. Die deshalb notwendigen Ergänzungen ergeben sich aus den §§ 525, 526.

1) Strohal, das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B. 3. Auflage 1903 S. 378 ff.; Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. 3. Band, 3.—5. Auflage, Berlin 1899, S. 270.

1) Vergl. hierzu Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899, S. 282 ff.

Nach § 525 kann, wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat. Hat der Schenker also seinerseits nicht erfüllt, so kann er auch die Vollziehung der Auflage nicht verlangen. Erst durch die Erfüllung wird der Beschenkte zur Vollziehung des Auflageversprechens verpflichtet. Nichterfüllung liegt solange vor, als dem Beschenkten nicht das zu teil geworden ist, worauf er ein Recht hat. Wenn der Schenker noch nach § 523 Abs. 2 oder § 524 Abs. 2 haftet, so kann er bis zur Erfüllung der dort statuierten Ansprüche die Vollziehung der Auflage nicht verlangen. Der Beschenkte hat nicht ein „peremptorisches Verweigerungsrecht", eine Einrede[2], sondern eine Einwendung. Leistet er, weil er sich zur Leistung verpflichtet glaubt, so kann er die Leistung mit einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

In der Regel ist nun aber die Schenkung schon dadurch vollzogen, dass der Schenker den Gegenstand so hingibt, wie er ihn hat. Ist das der Fall, so ist der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage verpflichtet, mag auch die Sache fehlerhaft oder der Gegenstand mit Rechtsmängeln behaftet sein. Vor unbilligem Zwang wird hier der Beschenkte durch § 526 geschützt. Nach Satz 1 ist der Beschenkte, soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Der Schenker kann also zwar die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn die Voraussetzung des § 525 erfüllt ist. Aber der Beschenkte hat unter Umständen das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Gegen das Recht des Schenkers wird ihm eine dilatorische Einrede gegeben. Die Voraussetzungen dieser Einrede sind:

1. Es muss ein Mangel im Rechte oder ein Mangel[3] der Sache vorliegen.

2) So Goldberg S. 113.
3) Nicht „Fehler"; vergl. oben § 8.

2. Die Höhe der Auflage muss den Wert der Zuwendung übersteigen.

3. Der Mangel im Rechte oder der Sache muss für diese Differenz die Ursache sein.

Die Einrede ist also nicht schon deshalb gegeben, weil der Wert der Zuwendung nicht die Höhe der Auflage erreicht. Eine Überschätzung des Wertes der Zuwendung würde den Beschenkten ev. zur Anfechtung nach § 119 berechtigen, kommt aber für die Einrede nicht in Betracht. Diese setzt voraus, dass der Schenkungserfolg nicht in der mangelfreien Weise herbeigeführt wird, die der Beschenkte wenn auch nicht verlangen, so doch erwarten kann.

Da die ratio der Bestimmung dahin geht, dass es dem Beschenkten nicht schaden soll, wenn er sich in seiner Erwartung täuscht, so ist ihre Anwendung dann ausgeschlossen, wenn eine solche Täuschung gar nicht vorhanden ist, d. h. wenn der Beschenkte bei der Annahme der Schenkung den Mangel kennt. Hier hat der Beschenkte nicht mehr erwartet als das, was er wirklich erhält, und wenn er geglaubt hat, dass trotz des Mangels der Wert der Zuwendung die Höhe der Auflage übersteigen werde, so ist das eben ein Irrtum, der für die Einrede des § 526 bedeutungslos ist.[4]

Das Verweigerungsrecht geht nur soweit, als die Differenz eine Folge des Mangels ist. Wenn sich also der Beschenkte zur Vollziehung einer Auflage im Werte von 100 Mark verpflichtet und der Wert des zugewendeten Gegenstandes = 90 Mark durch einen Mangel um 30 Mark vermindert ist, so kann er die Vollziehung der Auflage nur bis zum Betrage von 30 Mark verweigern. Er muss 70 Mark aufwenden, das „lukrative“ Geschäft kostet ihm 10 Mark. Die Einrede entfällt, wenn der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen ist. Es ist nicht erforderlich, dass der gesamte Betrag des durch den

4) In der Literatur wird allgemein angenommen, dass der Beschenkte die Einrede auch bei Kenntnis des Mangels nicht verliert, weil das Gesetz nicht, wie im 2. Satze, den Verlust ausdrücklich hervorhebt; vergl. Crome, § 232 Anmerkung 19, Cosack, § 140 I 4, Schollmeyer S. 32, Goldberg S. 115. Das ist aber wohl eine allzu buchstäbliche Auslegung, da der Grund für den Verlust auch bei der Einrede zutrifft.

Mangel verursachten Minderwertes erstattet wird, sondern nur derjenige Teil, um den der Wert der Gabe infolge des Mangels hinter den Kosten der Auflage zurückbleibt.

„Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen (§ 526 Satz 2)." Der Beschenkte hat eine Verpflichtung erfüllt, gegen die er eine dilatorische Einrede hatte; eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung wird hierdurch also nicht erzeugt. Besondere Billigkeitserwägungen veranlassen aber das Gesetz, über seinen gewöhnlichen Standpunkt hinauszugehen, und hier schon bei Erfüllung eines Anspruchs, dem eine aufschiebende Einrede entgegenstand, den Einredeberechtigten schadlos zu halten. Vollzieht der Beschenkte die Auflage trotz Kenntnis des Mangels, so ist darin ein Verzicht auf die Ersatzklage zu sehen. Die Klage entfällt schon dann, wenn der Beschenkte den Mangel kennt; es ist nicht erforderlich, dass ihm das daraus entspringende Missverhältnis zwischen Geschenk und Auflage bekannt ist.

§ 14.

Die Leistung an Erfüllungsstatt beim Schenkungsversprechen.

§ 365 B. G. B. bestimmt: „Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten."

Dass diese Bestimmung allgemein, also auch dann gilt, wenn beim Schenkungsversprechen ein Gegenstand an Erfüllungsstatt gegeben wird, ist neuerdings einer lebhaften Kritik unterworfen worden. Stampe erklärt es in der Abhandlung über „Das Causa-Problem des Zivilrechts"[1] für einen „legislatorischen Fehlgriff", dass der Schenker nicht auch hier nur nach den Grundsätzen der Schenkungseviktion, also nach § 523, haftet (S. 43 in fine). Er geht dabei von folgendem Beispiel aus, um die Unbilligkeit des geltenden Rechtes zu erweisen (S. 7 und 8):

1) Stampe, Das Causa-Problem des Zivilrechts. Eine rechtspolitische Studie am § 365 B. G. B., Greifswald 1904.

„Die Stadt S. plant die Errichtung einer Gemäldegalerie zum 1. Oktober. Die Einwohner werden um entsprechende Zuwendungen angegangen. Der Privatier P. verspricht notariell im April die schenkweise Überlassung einer in seiner Sammlung befindlichen norwegischen Landschaft von Hans Dahl zu Ende September. Späterhin, etwa im August, vereinbart P. mit der Gegenpartei mündlich, dass es ihm freistehen solle, wenn er wolle, statt des Dahlschen Bildes ein ebenfalls in seinem Besitz befindliches Seestück von Achenbach zu leisten; P. leistet Ende September den Achenbach. Demnächst nimmt E. das Eigentum beider Bilder in Anspruch. Es erweist sich, dass sie vor einigen Jahren dem E. gestohlen, dann durch mehrere Hände gegangen und schliesslich von P. gutgläubig angekauft sind.

Nunmehr macht die Stadt S. den P. wegen Rechtsmängel haftbar," und zwar wie Stampe annimmt, mit Erfolg. „Die Stadt macht einen Profit, für dessen Möglichkeit dem Laien das Verständnis fehlt." Unbillig erscheint das Resultat deshalb, weil der Schenker von jeder Haftung frei wäre, wenn er den Dahl geleistet hätte, obwohl die Stadt dann nicht zu einem Bilde gekommen wäre.

Nimmt man zunächst einmal an, dass nur der Achenbach, nicht auch der Dahl evinziert sei, also nur das an Erfüllungsstatt gegebene Bild, so würde allerdings § 365 eingreifen und P. wegen des Rechtsmangels wie ein Verkäufer haften. Diese Entscheidung wäre auch nur billig. Es bestand eine wirksame Verpflichtung des P.; ohne die Hingabe an Erfüllungsstatt hätte die Stadt den Dahl gehabt. Warum soll sie einen Schaden haben, wenn sie aus freiwilliger Entschliessung eine andere Leistung annimmt? Warum soll P., der ohne die Hingabe an Erfüllungsstatt keins von beiden Bildern behielte, ein Bild infolge derselben ohne Aufwendungen behalten? Es wäre also in diesem Falle sehr bedenklich, wenn auch die Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem § 523 zu beurteilen wäre.

So wie Stampe das Beispiel bildet und beurteilt, liegt, wie gesagt, die Unbilligkeit darin, dass die Stadt, die infolge des Schenkungsversprechens allein kein Bild erhalten hätte, nun durch die datio in solutum ein Bild bez. das Interesse erhalten soll. Berücksichtigt man nur aber das Schenkungsversprechen selbst, so ergeben sich Zweifel, ob überhäupt die Entscheidung zu-

treffend ist. P. hatte zunächst der Stadt S. den Dahl versprochen. Seine Verpflichtung ging dahin, das Recht auf die Stadt zu übertragen, das er selbst an dem Bilde hatte (vgl. § 523 Abs. 1 und oben S. 15). Er war nicht Eigentümer des Bildes, also auch nicht verpflichtet, irgend welche Rechte auf die Stadt zu übertragen. Formell bestand zwar eine Verpflichtung, aber ihr fehlte jeder materielle Inhalt. Als nichtig wird man diese Verbindlichkeit nicht bezeichnen können; denn sie vermag noch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens hervorzubringen, und zwar nicht nur zur Zeit des Vertragsschlusses, wobei ja noch an culpa in contrahendo gedacht werden könnte, sondern auch später (vgl. oben S. 28). Aber eine Erfüllungspflicht irgend welchen Inhaltes besteht doch nicht. P. macht nun die Leistung an Erfüllungsstatt, gibt den Achenbach hin, weil er sich zur Leistung des Dahl, zur Übertragung des Eigentums an diesem Bilde für verpflichtet hält. Da eine dahingehende Verbindlichkeit nicht besteht, so geschieht die Leistung zu dem Zwecke, eine nicht bestehende Verbindlichkeit zu tilgen. Aus der Leistung können deshalb keine Ansprüche gegen ihn erwachsen. Für die Anwendung des § 365 dürfte darnach in dem gegebenen Beispiele gar kein Platz sein.